Das Recht der Selbsthilfe nach geltendem bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Gerhard Mette

aus Berlin-Schöneberg

Referendar

Approbiert am 25. Januar 1938

1938

Druck: Triltsch & Huther, Berlin O 17

Referent: Geh. Just.-Rat Univ.-Professor Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN

INHALT.

Seite

A. Einleitung 5
Entwicklungsgeschichtlicher Ueberblick 5
B. Die Geschichte des Selbsthilferechts 8
1. Römisches Recht 8
2. Deutsches Recht 10
3. Die Neuzeit 12
C. Die Selbsthilfe nach geltendem Recht 15
I. Grundlegung und Selbsthilfetatbestände nach BGB. 15
1. Grundlegung 15
2. Die Selbsthilfetatbestände im BGB. 24
II. Voraussetzungen der Selbsthilfe 33
A. Die Voraussetzungen der Selbsthilfe 33
1. Wesen und Natur des zu verwirklichenden Anspruchs . . . 33
2. Nicht rechtzeitige Erlangung obrigkeitlicher Hilfe 41
3. Gefahr der Vereitelung oder Erschwerung der Anspruchsverwirklichung 43
B. Die Mittel der Selbsthilfe 45
1. Allgemeine Grundsätze über die Mittel der Selbsthilfe . . . 46
2. Die Selbsthilfemittel im besonderen 50
a) Bei Ansprüchen wegen Geldforderungen 51
b) Bei Ansprüchen wegen Herausgabe von Sachen 53
c) Bei Ansprüchen wegen Handlungen und Unterlassungen 55
C. Der Zweck der Selbsthilfe 57
III. Die Rechtswirkungen erlaubter und unerlaubter Selbsthilfe 59
D. Schlußbemerkung 62

A. Einleitung.

Einer Darstellung des heute herrschenden Rechts der Selbsthilfe im bürgerlichen Recht, d. h. in dem zur Zeit geltenden deutschen Privatrecht, ist zunächst eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung, sowie ein kurzer historischer Ueberblick der Gestaltung des positiven Selbsthilferechts voranzustellen, da auch nach dem Umbruch unseres deutschen Rechts an dem Grundsatz festzuhalten ist, daß eine Erkenntnis unseres gegenwärtigen Rechts und eine wissenschaftliche Druchdringung seiner Institute ohne historische Grundlegung nicht möglich ist.[1])

Entwicklungsgeschichtlicher Ueberblick.

Entwicklungsgeschichtlich ist die Selbsthilfe als Rechtserscheinung nur in Verbindung mit dem Zivilprozeß zu begreifen. Der bürgerliche Rechtsstreit (Zivilprozeß) ist keine primäre, sondern eine sekundäre Erscheinung, jedenfalls soweit es sich um das Recht der abendländischen Völker handelt[2]). Dem ursprünglichen Menschen liegt daher nichts näher als die Selbsthilfe, die später nach Konsolidierung der Staatsgewalt durch ein gesetzlich geordnetes gerichtliches Verfahren verdrängt und im wesentlichen durch das Prozeßmonopol des Staates beseitigt wird. Mit dem allmählichen Aufdämmern der Rechtsidee als eines nur völkerpsychologisch zu erklärenden Entwicklungsfaktors im Kulturleben der Völker bildet sich zugleich auch die Selbsthilfeidee bei allen Völkern aus. Wie man sich sonst bei der Ausübung seiner eigenen Rechte helfen darf, so glaubte man, dies auch dann tun zu dürfen, wenn ein anderer der Ausübung oder Geltendmachung des Rechtes entgegentrat. So stellt sich die Selbsthilfe im Zeitalter einer durchaus noch primitiven Rechtsentwicklung als etwas ursprüngliches dar und Jhering[3]) hat durchaus recht, wenn er sagt, daß jedes Recht mit Selbsthilfe und Rache begonnen habe. Die Rache hat in der Form der Blutrache ihre besondere Bedeutung gerade in der Geschichte des deutschen Strafrechts gehabt[4]). Die Selbsthilfe ist als Rechts-

---

[1]) Michaelis in „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft" 1935, S. 52 ff.; Lange „Vom alten zum neuen Schuldrecht" S. 1 ff., 8, 22, 37, 79 usw.; Kreller, Römische Rechtsgeschichte, in „Grundrissen des deutschen Rechts" 1936 § 1 S. 1—3, § 16 S. 65 ff. u. a. m.

[2]) Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, in Enzyklop. d. Rechtswiss. von Holtzendorff-Kohler 1915, Bd. I S. 57/58; Lobe, Artikel „Selbsthilfe" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Elster, Bd. V. S. 431 ff.

[3]) Geist des Römischen Rechts I § 11 XI.

[4]) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts § 8 Nr. 5; Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte in „Grundriß der Geschichtswissenschaft" 1915 S. 158 II.

institut eine besondere Erscheinung des Privatrechts geblieben[5]). Der Prozeß ist eine Schöpfung späterer Zeit und tritt ein, wenn die ursprüngliche Selbsthilfe sich als untauglich erweist und zur Bedrängnis der Kultur wird, wenn also das Friedensbedürfnis dahin drängt, die Streitigkeiten durch eine über den Parteien stehende Macht entscheiden zu lassen[6]). Diese eigenartige geschichtliche Entwicklung von Selbsthilfe und Prozeß kann man auch in der Weise ausdrücken, daß man sagt, der römische und deutsche Zivilprozeß sei lediglich „solennisierte" Selbsthilfe gewesen[7]).

Die Stadien, die die Selbsthilfe im Laufe der Zeiten durchlaufen hat, sind das Stadium formloser Selbsthilfe, die als Verwirklichung von Gewalt oder List aus grauer Urzeit in die Epochen beginnenden und allmählich ausgebildeten Rechts hineinragt; sodann das Stadium formeller Selbsthilfe, in dem wir vielleicht schon die Uranfänge eines geregelten Prozeßverfahrens zu erblicken haben; schließlich wird die Selbsthilfe positiv gesetzlich geregelt und stellt sich uns als fertiges Rechtsinstitut dar, soweit sie noch anerkannt wird. Diese fortschreitende Entwicklung erklärt sich aus den besonderen Mängeln, die der ursprünglichen formlosen Selbsthilfe als Reaktion gegen ungerecht empfundene Gewalt anhaftete. Diese Mängel ungeregelter Selbsthilfe bestehen einmal darin, daß bei der Selbsthilfe jeder auf seine eigene Kraft angewiesen ist, ferner daß sie zu ständigem Kampf und Unfrieden führt und vor allem so zum Deckmantel für nackte Gewalt und Raub werden kann. So suchte sich dann die Selbsthilfe zunächst mit Garantien zu umgeben. Man verlangt Oeffentlichkeit der Geltendmachung, Angabe der Gründe bezw. Ankündigung der Durchführung der Selbsthilfeaktion. So ist es z. B. auch ein Mittel, daß man dem Magistrat von der beabsichtigten Selbsthilfe vorher Anzeige erstattet[8]). Der Prozeß entsteht dann mit dem Augenblick, wo man nach geltendem Recht der Zustimmung des Magistrats bedarf, um das eigene Recht ausüben zu dürfen, wobei der Magistrat berechtigt ist, Voraussetzungen, Mittel und Art der Durchführung der Selbsthilfe zu überprüfen. Dies gilt für das römische wie auch für das deutsche Recht. Die Selbstvollstreckung ohne vorheriges gesetzliches Verfahren darf also als älteste Form, ein Recht durchzusetzen, anerkannt werden. Das Urteil als Staatsakt folgt ja erst später nach. In der Folgezeit dreht sich dann die Reihenfolge um, die Selbsthilfe wird zur Selbstvollstreckung des

---

[5]) Im öffentlichen Recht hat die Selbsthilfe als Rechtsinstitut sich kaum zu behaupten vermocht; sie ist gegenüber der Staatsgewalt weder im Gebiet des Staats- noch des Verwaltungsrechts anerkannt worden.

[6]) Kohler-Oertmann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1929 S. 7; Stein-Juncker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts 1924 § 1.

[7]) Sohm, Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1896, § 35 Anm. 16.

[8]) s. die römische legis actio per manus iniectionem, Sohm, Institutionen 1911 S. 289. IV.

Urteils, bis schließlich die Zwangsvollstreckung, d. h. die öffentlichrechtliche Durchsetzung des Urteils, ausschließlich zur Staatsangelegenheit erhoben wird[9]).

Lange Zeit haben Prozeß und Selbsthilfe nebeneinander bestanden, bis dann mit der wachsenden Staatsgewalt und der weiteren Prozeßausbildung die Selbsthilfe eingeschränkt und nur noch in Ausnahmefällen rechtlich anerkannt war. Als allgemeines Rechtsschutzinstitut war sie später verpönt und mit Strafe bedroht[10]). In diesem Sinne ist auch die Errichtung des Reichskammergerichts zu verstehen: Weil Eigenmacht und Fehde noch allzu stark ihr Unwesen trieben, mußte von Reichs wegen eingegriffen werden. Nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland erhielt sich im wesentlichen nur noch das Pfändungsrecht[11]), als Ersatz für die meisten Fälle der Selbsthilfe. Daneben sind der Arrestprozeß und später das Sumariissimum (etwa vergleichbar mit der einstweiligen Verfügung) durch die Gerichtspraxis eingeführt worden[12]).

Damit wurde der ursprünglich allein dem Volksgenossen zur Verfügung stehende Rechtsbehelf endgültig zu einem mit den obrigkeitlichen Rechtsschutzmitteln konkurrierenden Notbehelf herabgedrückt: Im heutigen Recht erscheint die Selbsthilfe nur noch als spärlicher Rest in einigen wenigen Fällen zur Ergänzung des staatlichen Rechtszwanges[13]).

Durch den Rechtsumbruch von 1933 hat sich an dieser abschließenden entwicklungsgeschichtlichen Form der Selbsthilfe nichts geändert. Im Gegenteil! Nach der heute allgemein herrschenden Auffassung von der völkischen Gemeinschaftsordnung, derzufolge es kein Rechtsverhältnis und kein Rechtsinstitut gibt, das irgendwie außerhalb der Gemeinschaftsordnung stehen könnte[14]), gilt der Grundsatz, daß der Einzelne rechtlich nicht mehr als Individualpersönlichkeit, sondern auf allen Rechtsgebieten als Gliedpersönlichkeit zu beurteilen ist, dessen Wesen in seiner Pflichtenstellung und in seinem Verantwortungsbewußtsein der

---

[9]) Kohler-Oertmann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1929, S. 58.

[10]) Vgl. z. B. das Decretum divi Marci, ferner die Kapitularien, Reichsabschiede und Landfrieden. Gerade die Entwicklung der Selbsthilfe in Deutschland zeigt, daß der urwüchsige völkische Drang zur Eigenmacht, der sich im deutschen Fehderecht zeigt, Jahrhunderte lang sich zu behaupten vermochte, ehe er durch das staatliche Monopol eines geordneten Prozeßverfahrens verdrängt wurde. — Vgl. hierzu Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. München und Leipzig 1925 § 43 S. 174/175.

[11]) s. unten S. 11.

[12]) Ferner Wechsel- und Urkundenprozeß, vollstreckbare Urkunde und Mahnverfahren!, vgl. hierzu Heyer a.a.O. S. 51—53.

[13]) s. zu dem Ganzen auch: Lobe, Art. „Selbsthilfe" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo = Elster 1928 Bd. 5 S. 431 ff.; Müller-eisert, Juristische Grundbegriffe 1936 S. 22, 172.

[14]) Siebert, Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, in Deutsche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Eckardt, Bd. I, 1936 S. 23 ff.

Volksgemeinschaft gegenüber zu gelten hat[15]). Daraus ergibt sich, wie noch zu zeigen sein wird, daß für die Selbsthilfe als Einzelrecht nur da Raum sein kann, wo sie als Grundbegriff der völkischen Ordnung[16]) im Dienste des Rechts der deutschen Volksgemeinschaft Platz hat.

B. Die Geschichte des Selbsthilferechts.

1. Römisches Recht.

Die Fälle „solennisierter" Selbsthilfe zeigen uns das römische und das deutsche Recht auf einer verhältnismäßig bereits hohen Entwicklungsstufe. Wie alle ursprünglichen und primitiven Rechtsgebilde neigt auch im Gebiet der Selbsthilfe das älteste Recht zum Formalismus. Aeußere Symbole ersetzen den inneren Gehalt der noch unentwickelten Rechtsbegriffe und in feierlicher Form gibt der Gläubiger zu erkennen, daß nicht Willkür und Gewalt, sondern sein gutes Recht durchgesetzt werden soll. Dies zeigt sich in den ältesten Prozeßformen des römischen Rechts, der „legis actio sacramento" und der „legis actio per manus iniectionem". Erstere, die bei dinglichen Ansprüchen zu einem Scheinkampf vor Gericht und zum Eingriff durch den Prätor führte, zeigt zum ersten Mal die Umwandlung des ursprünglichen Kampfes der Parteien in ein bloßes Ritual, in dem die ursprüngliche Selbsthilfe als Machtkampf der Geschlechtsgenossen zur Einleitungsform eines Prozeßverfahrens zusammenschrumpft[1]). Letztere haben wir uns als formelle Personalexekution vorzustellen: Der Gläubiger legt Hand an den Schuldner, der bereits verurteilt ist, oder einem Abgeurteilten rechtlich gleichzuachten ist, nachdem er ihn zum Zweck der Abführung in die Schuldknechtschaft vor Gericht zitiert hat. Aus dem sich hier vor Gericht abspielenden „Vindex"-Verfahren[2]) ergibt sich deutlich, daß der Rechtsvorgang eine „Solennisierung" eines ehedem formlosen Selbsthilfeaktes war, wie sie sich aus der urwüchsigen kämpferischen Einstellung der Volksgenossen innerhalb der Geschlechtsgemeinschaft ergab. Die Manus iniectio gegen den Iudicatus erscheint so als ein in staatliche Prozeßform abgestufter Selbsthilfeakt. Man darf also sagen, daß auf dieser Stufe der römischen Rechtsentwicklung die legis actio sacramento nichts an-

---

[15]) Larenz: Rechtsperson und subjektives Recht: in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935; Siebert a.a.O. S. 28; Lange, Das Recht als Erscheinungsform des Gemeinschaftslebens S. 35; Stoll a.a.O. I S. 5, 6; Scheuner, Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft: in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht. 1937 S. 83; s. daselbst auch Schrifttum Anm. 2 und viele andere.

[16]) s. hierzu Busse, „Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft" in „Deutsche Rechtswissenschaft" Heft 4 1936 S. 289 ff., S. 293.

[1]) Gradenwitz, Zwangsvollstreckung und Urteilssicherung. 1888 S. 4.

[2]) Bethmann-Hollweg, Der römische Zivilprozeß 1864 I S. 203, 204.

deres als die ursprüngliche Selbsthilfe in der Form einer bloßen Prozeßeinleitung war, während die legis actio per manus iniectionem an Stelle der privaten Selbsthilfe in allen denjenigen Fällen eintrat, in denen ein Schuldner im ordentlichen Verfahren bereits abgeurteilt war. Die manus iniectio setzt Urteil voraus (aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iuti sunto post deinde manus iniectio esto. XII Tab. III, 1). Durch das Formularverfahren hat sich daran nichts geändert: Von einer Zwangsvollstreckung im heutigen Sinne kann man für die Zeit des römischen Rechts erst sprechen, als an die Stelle der legis actio per manus iniectionem die Realexekutionen durch obrigkeitliche Vollstreckungsorgane, sogen. „Apparitores" trat[3]). Besondere Verbote für die Betätigung formloser Selbsthilfe gibt es zu dieser Zeit nicht, die offensive Selbsthilfe war weder expressis verbis erlaubt, noch verboten. Sie erübrigte sich auch im Hinblick auf die Grundsätze und Bestimmungen der römischen actio iudicati. Dagegen finden wir die defensive Selbsthilfe in der Besitzlehre[4]). Erst in der Zeit Marc Aurels hat sich das staatliche Prinzip so befestigt, daß von einem Selbsthilfeverbot als Regelprinzip gesprochen werden kann[5]), jedenfalls auf dem Gebiet des Obligationenrechts. In L. 7 D. 48, 7, — der Belegstelle für das berühmte Decretum Divi Marci, — wird bestimmt, daß der Gläubiger, der eigenmächtig dem Schuldner Sachen zu seiner Befriedigung wegnahm, seiner Forderung verlustig gehen soll. Diese kaiserliche Regelung wurde durch spätere Novellen rechtsanalog ausgedehnt[6]).

Entsprechendes wurde auf dem Gebiete des Sachenrechts durch die berühmte Drei-Kaiser-Konstitution vom Jahre 389 vorgeschrieben. In L. 7, C. 8, 4 wird der Eigentümer, der seine Sachen dem Besitzer eigenmächtig wegnimmt, seines Rechtes zugunsten des Besitzers für verlustig und, falls er nicht Eigentümer war, zur Strafe für wertersatzpflichtig an den Besitzer erklärt.

Ob schließlich eine dritte mit der Selbsthilfe in Verbindung gebrachte Quellenstelle, die bekannte Lex 10 § 16 D. 42. 8, die den

---

[3]) Girard, Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt von R. v. Mayr, 1908 S. 1139.

[4]) Heyer a.a.O. S. 45.

[5]) Die Frage ist streitig. Für grundsätzliche Erlaubtheit der Selbsthilfe: Schmitt, Die Selbsthilfe 1868, S. 174; Benfey: Beiträge zur Lehre von der Selbsthilfe nach römisch Justinianischem Recht, im Rhein. Museum f. Jurisprudenz, Bd. VII Göttingen 1835, § 1 S. 1; Puchta, Pandekten und Vorlesungen 1856 § 80; Windscheid, Pandekten 5. Aufl. § 123. — Anderer Auffassung sind vor allem Wetzell, System des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Leipzig 1878 S. 2; Seuffert, Praktisches Pandektenrecht Bd. I, 2. Aufl. Würzburg 1848 § 36. Es ist zu beachten, daß die immer mehr einsetzende Zurückdrängung der Selbsthilfe hauptsächlich durch die prätorischen Edikte bewirkt wurde. Dies zeigte deutlich die bekannte Formulierung: „vim fieri veto"; aber auch die Worte „restituas", „exhibeas" gehören hierher.

[6]) Einzelheiten gehören nicht hierher. Vgl. L. 13. D 4, 2 Nov. 52 c 1 und endlich Nov. 134 c 7.

Gläubiger für berechtigt erklärt, dem fliehenden Schuldner die geschuldete Summe abzunehmen, als Ausnahme von den obigen Verbotsgesetzen zu behandeln ist, oder ob sie mit der Selbsthilfe nichts zu tun hat, ist zweifelhaft. Da sie in dem Titel: „Quae in fraudem creditorum" steht und dem Juristen Julian, d. h. einer Zeit zugeschrieben wird, die Selbsthilfeverbote noch nicht kannte, muß wohl gegen den Ausnahmecharakter dieser Bestimmung entschieden werden. Spätere Zeiten haben aber dennoch diese Vorschrift allgemein als Ausnahme vom römischen Selbsthilfeverbot aufgefaßt, und in diesem Geiste ist die Vorschrift in Deutschland rezipiert worden[7]).

2. Deutsches Recht.

Die ältesten deutschen Quellen zeigen uns das Rechtsinstitut der Selbsthilfe im wesentlichen auf der gleichen Entwicklungsstufe, wie wir es im römischen Recht feststellen können. Allerdings ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, daß das germanische Recht der Frühzeit und auch das Recht des Mittelalters der Selbsthilfe einen bedeutend größeren Raum anweisen, als dies aus den römischen Quellen feststellbar ist, da aus den deutschen Rechtsquellen eine ganz Anzahl von besonderen Verfahrensarten feststellbar sind, in denen kraft ausdrücklicher Regelung die Anwendung privater Selbsthilfe für zulässig erklärt wurde. Ueber die tieferen Gründe wird noch gesprochen werden. Zunächst haben wir auch in den ältesten deutschen Quellen die Selbsthilfe als formelle Selbstvollstreckung aufzufassen, wie wir sie bei der legis actio per manus iniectionem vorfinden. Nach dem Edictus Rothari 249,250 konnte der Gläubiger nach dreimaliger Mahnung denjenigen Schuldner, der aus formeller Abrede etwas schuldig war, oder das Erfüllungsgelöbnis abgelegt hatte, im Wege formgerechter Selbsthilfe pfänden. Erst wenn der Schuldner die Schuld bestritt, kam es zum Prozeß[8]). Nach der Lex Baiuvariorum XII, 1 § 1 und der Lex Burgundionum XIX konnte die Pfändung ebenfalls nach Mahnung und ohne Prozeßverhandlung, allerdings nur unter Mitwirkung des Grafen und der Rachimburgen vor sich gehen[9]).

Daraus ergibt sich, daß diese Selbstvollstreckung ohne vorangegangenes Gerichtsverfahren wieder die ursprünglich alleinige Form der Rechtsdurchsetzung darstellt: Auch im deutschen Recht hat sich aus der Selbsthilfe der spätere Prozeß entwickelt. Was nun aber das deutsche Recht besonders auszeichnet, sind die immer wieder erwähnten besonders hervorgehobenen Selbsthilfefälle, die neben dem ordentlichen Prozeß in einer Reihe von Spezialverfah-

[7]) Hinsichtlich des kanonischen Rechts: s. Causa I qu. 4. cap. 13 und cap. 18 de praeb. in VI, 3, 4 und cap. 42 X de appell. 2, 28.

[8]) Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I, 1887 S. 184.

[9]) s. auch Lex salica emendata 52, § 1—4; Wilda, Ztschr. f. deutsches Recht. Bd. I S. 184, 193, 194.

ren ausdrücklich zugelassen waren[10]). Es können hier nur die wichtigsten Fälle angedeutet werden. Im Verfahren auf handhafter Tat konnte jeder, der den Verbrecher auf frischer Tat betroffen hatte, diesen nach erhobenem Gerüfte zwecks vereinfachter Aburteilung vor den Richter führen[11]). In den Fällen verbotener Eigenmacht war es erlaubt, zwecks Erwirkung des Spurfolgerechts (droit de la poursuite, right of stoppage in transitu) den Hausfrieden zu brechen und in die Wohnung des Verdächtigen einzudringen[12]), um nach den abhandengekommenen Sachen zu fahnden. Im Falle des Verzuges finden sich in den Weistümern eine ganze Anzahl von Selbsthilfebefugnissen, über die uns berichtet wird. So konnte sich der Holzungsberechtigte sein Holz selbst schlagen, wenn es ihm nicht rechtzeitig angewiesen wurde; der Mahlgast schüttete sich das Korn selbst auf den Mühlstein, wenn der Müller mit dem Mahlen des Kornes in Verzug geriet; wollte der Wirt den Wein nicht zapfen, so bediente sich der Gast selbst, wobei er das Geld auf das Faß zu legen hatte; Mäher, die geschuldetes Korn gemäht hatten, konnten sich dasselbe bei nichterfolgter Lohnzahlung selbst fortnehmen, und dergl. m.[13]).

Von besonderer Wichtigkeit ist das speziell im deutschen Pfandrecht zu erörternde deutschrechtliche Pfändungsrecht, das ausgeprägten Selbsthilfecharakter trägt. Hier sind im Anschluß an die römische pignoris capio zu unterscheiden die Viehpfändung, die Personalpfändung und die Pfändung wegen Zinses[14]). Bei ersterer[15]) darf, wer fremdes Vieh auf eigenem Grund und Boden weidend antrifft, dieses mit Gewalt zusammentreiben, um sich notfalls wegen des entstandenen Weideschadens aus dem Vieh zu befriedigen. Der Vieheigentümer darf allerdings vielfach den Grundbesitzer in Geld oder anderen Wertobjekten als Pfand abfinden. Die Pfandbefriedigung erfolgt im Falle der Viehschüttung nach einer Frist von 3 bezw. 8 Tagen durch öffentlichen gerichtlichen Verkauf. Dem Berechtigten gebührt der Erlös in Höhe des Schadens und des Fütterungsgeldes. Im Falle der Personalpfändung gilt Entsprechendes in Ansehung einer Person, die, auf fremdem Grundbesitz angetroffen, für den Schaden aufzukommen hat, den sie durch Fahren über einen bestellten Acker, eigenmächtiges Abernten von Obst, Holzhacken u. dergl. angerichtet hat. Die eigenmächtige Personalpfändung ist aber nur auf frischer Tat

---

[10]) Analoge Erscheinungen hat es auch im römischen Recht gegeben. Einzelheiten gehören nicht hierher.

[11]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II, 1892 S. 481 ff.

[12]) Brunner a.a.O. S. 495 ff.

[13]) s. hierzu Grimm, Weistümer, 1840 Bd. II S. 421; Bd. I S. 726 Zeile 4; Bd. III S. 15; Bd. I S. 651; Heyer a.a.O. S. 48.

[14]) Vgl. zu dem Ganzen: Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I S. 335 ff.; Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts Bd. I S. 477 ff.; Förster-Eccius: Preuß. Privatrecht Bd. I S. 262.

[15]) Einzelheiten s. unten S. 32.

zulässig; die Inpfandnahme erfolgt hier wie oben vornehmlich auch zu dem Zweck, ein untrügliches Beweismittel für die erfolgte Grundstücksschädigung in der Hand zu haben. Bei der Zinspfändung schließlich kann sich der Gutsherr oder ein Vermieter, Rentenberechtigter usw. gegen den in Verzug befindlichen Schuldner im Wege der Eigenmacht aus den auf dem Grundstück befindlichen Gegenständen befriedigen, sofern sich nicht der Bauer, Mieter oder Rentenschuldner in bestimmter Zeit mit dem Gläubiger einigt und das Pfand auslöst. Alle diese Selbst-Pfändungsberechtigungen haben im deutschen Recht Jahrhunderte lang große Bedeutung gehabt und das BGB hat dieser Bedeutung der Privatpfändungsrechte im Einführungsgesetz Art. 89 entsprechenden Ausdruck verliehen[16]).

3. Die Neuzeit.

Auf die Entwicklung des Selbsthilferechts, wie sie sich nach der Rezeption des römischen Rechts, insbesondere im gemeinen — und preußischen Privatrecht entwickelt hat, kann nur in großen Zügen hingewiesen werden. Grundlegend ist hier die Darstellung des Prozessualisten Gail, der im Zweiten Buch Observ. 44 seiner Observationes practicae („Der allzeit fertige Jurist") ein Selbsthilferecht gemäß der Praxis des Reichskammergerichts bei Fluchtverdacht anerkennt. Danach kann der Gläubiger, wenn richterliche Anordnung zu spät kommen würde, den der Flucht verdächtigen Schuldner selbst oder durch einen Vertreter wegen eines zivilrechtlichen Anspruchs greifen und ins Gefängnis verbringen, was sogar auf Geistliche Anwendung finden soll. Widersetzt sich der Schuldner der Festnahme, so darf er vom Gläubiger verwundet, oder notfalls getötet werden. Andererseits geht der Gläubiger des Forderungsrechtes verlustig, wenn er den Schuldner ohne Not verletzt. Gail stellt als Voraussetzung für ein derartiges Recht der Eigenmacht drei Punkte auf:

1. Der Gläubiger darf zur Zeit des Vertragsschlusses von der Zahlungsunfähigkeit des flüchtigen Schuldners nichts wissen.

2. Die Schuld muß liquide, d. h. durch Urkunden oder Zeugen beweisbar („gewiß und klar") sein. Selbsthilfe post rem iudicatam ist verboten.

3. Der Schuldner muß tatsächlich fluchtverdächtig sein. Es genügt, daß er sich versteckt hält, ohne Vermögen oder nicht mehr anzutreffen ist. — In dieser Gestalt ging das Selbsthilferecht als allgemeine Rechtserscheinung in den usus modernus pandectarum über[17]).

---

[16]) s. hierzu auch Wilda, Ztschr. f. Deutsches Recht, Bd. I S. 237, 255 ff., s. auch S. 300 Nr. 313; s. ferner unten S. 61 ff.

[17]) Vgl. hierzu Strykius, Sammlg.: Specimen usus moderni Pandectarum. Halle-Magdeburg 1723. lib. IV, tit. II § VII ff.

Entsprechend den Bedürfnissen der damaligen Zeit wurde das Selbsthilferecht insofern zugunsten des Gläubigers stark erweitert, als im Gegensatz zum römischen decretum divi Marci der Gläubiger sein Forderungsrecht, der Eigentümer das Eigentum auch dann behielt, wenn sie eigenmächtig vorgingen und sich gewaltsam befriedigten, eine Auffassung, die besonders von Carpzov für das sächsische Recht anerkannt wurde. Auch in anderen Partikularrechten findet sich der Grundsatz, daß der Gläubiger den flüchtigen Schuldner „an allen Orten für sich selbst oder mit Hilfe jeder Obrigkeit an Leib und Gut angreifen und anhalten könne". Andererseits wird aber mit gleicher Bestimmtheit betont, daß „bei jedweder Schuld, sowohl dem bürgerlichen, wie dem geistlichen Rechte nach alle Handanlegung wider den Schuldner, Arrestierung und Sequestrierung, insbesondere die gewaltsame Ergreifung und Gefangenschaft, verboten sei, weil es niemandem erlaubt sei, in eigener Macht Richter zu sein"[18]). Hier setzt sich also bereits der neuzeitliche Gedanke durch, daß Rechtsdurchsetzung im Wege des Zwanges Sache des Staates ist, die Selbsthilfe daher nur Ausnahmecharakter aufweist. Wo sie aber am Platze ist, wird die Zulässigkeit der Selbsthilfe, werden ihre Voraussetzungen, die zulässigen Mittel und der Umfang der Selbsthilfeberechtigung von den Kommentatoren in allen Einzelheiten erläutert. Der Schuldner darf auch außer Landes, an gottgeweihten Orten, ja sogar in Kirchen durch den Gläubiger selbst oder durch dritte Personen verhaftet, notfalls getötet werden. Dies darf auch an Festtagen (Weihnachten, Ostern, Pfingsten) vor sich gehen. Der Angriff erstreckt sich nicht nur auf Leib und Gut, sondern auch auf die Person des Schuldners mit der Maßgabe, daß binnen bestimmter Frist der Schuldner der ordentlichen Obrigkeit vorgestellt, die ihm abgenommenen Sachen dem Gericht überantwortet werden. Zweck der Festnahme ist, daß der Schuldner vor Gericht gehe und dort den Ausgang des Handels erwarte oder daß er sich oder seine Sache durch Stellung einer Bürgschaft befreie. Bei alledem wird unzweideutiger Fluchtverdacht tatsächlicher Flucht gleichgeachtet[19]).

Schließlich wird noch heute darauf hingewiesen, daß — ähnlich der Vorschrift unserer Zivilprozeßordnung, § 911 —, der vom Gläubiger festgesetzte Schuldner während der Haft von diesem alimentiert werden muß.

Während in der Folgezeit sowohl im Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von Kreitmayr (1756)[20]) die Selbsthilfe eingeengt und eigenmächtige Pfändung nur in wenigen Fällen und nur bei

---

[18]) Bayer. Landr. v. 1616, Komm. v. Caspar Schmid 13. Tit. Art. 2.

[19]) Schmid, Bayer. Landr. a.a.O. Ziff. 15 ff.

[20]) Part. II Cap. VI §§ 23, 24; § 28; vergl. auch für das sächsische Recht Jurisprudentia Forensis, Romano-Saxonia sec. ord. Const. D. Augusti elect., von Carpzov (1668) Part. I, Const. 29 und 30.

Vorliegen besonders strenger Voraussetzung für zulässig erklärt wird[21]), hat das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 die Selbsthilfe in Notfällen wieder als allgemeinen Grundsatz zugelassen[22]). So bestimmt § 77 Einl. (Pr. Allgemeines Landrecht), daß niemand befugt sei, sich durch eigene Gewalt Recht zu schaffen. Sodann fährt § 78 ebenda fort: „Die Selbsthilfe kann nur in dem Falle entschuldigt werden, wenn die Hilfe des Staates zur Abwendung eines unwiderbringlichen Schadens zu spät kommen würde", — eine in ihrer Klarheit und Volkstümlichkeit erfreuliche und praktisch wirklich brauchbare Vorschrift. Während der Code Civil von 1804 (ebenso das Badische Landrecht von 1809) keinerlei Selbsthilfevorschriften enthalten und das Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811 im § 19 eigenmächtige Selbsthilfe bezw. das Ueberschreiten der Notwehrgrenze ausdrücklich verbieten, wird im § 179 des BGB für das Königreich Sachsen von 1865 die Selbsthilfe bei Gefährdung der Anspruchsverwirklichung ausdrücklich für erlaubt erklärt, so daß zur Zeit des Inkrafttretens des BGB auf diesem Gebiet kein einheitlicher Rechtszustand vorherrschte.

Gleiches gilt auch in Ansehung der im Gemeinen Recht vielfach eingeführten Strafdrohungen für die Ausübung unerlaubter Selbsthilfe. Während die gemeinrechtliche Streitfrage, ob die römischen Privatstrafen rezipiert worden seien, vor Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches im Schrifttum überwiegend im bejahenden Sinne beantwortet[23]), dies in der Praxis aber nur in beschränktem Umfange anerkannt wurde[24]), hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung seit Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches die Auffassung vertreten, daß es sich hier um eine reichsrechtliche Materie handle, die partikularen Strafgesetze daher ebenso wie die römischen Privatstrafen außer Kraft gesetzt seien[25]). Unrechtmäßige Selbsthilfe war daher auf dem Boden dieser Rechtsprechung zwar eine an sich „unerlaubte", also zum Schadensersatz verpflichtende, Handlung, sie konnte aber als regulärer Straftatbestand nicht mehr anerkannt werden[26]) [27]).

---

[21]) s. hier besonders auch die Regelung der Selbsthilfe im: Frankfurter Stadtrecht v. 1611, Komm. v. Joh. Philipp Orth 1731, Teil II, Tit. 8, § 1, Anm. d.

[22]) Förster-Eccius a.a.O. Bd. I S. 261 ff.

[23]) Vgl. hierzu Linde, „Beiträge zur Lehre über die Selbsthilfe" in: Ztschr. f. Zivilrecht u. Prozeß. Bd. 1 S. 434, insbes. Nr. 5 (mit Literaturangabe); Mackeldey, Lehrb. d. röm. Rechts § 451; Wächter, Lehrb. d. Strafrechts II § 148; Feuerbach, Lehrb. d. peinlichen Rechts § 188; u. a. m

[24]) Mit öffentlicher Strafe wurde die Selbsthilfe im ALR II 20 § 157 ff., im Strafgesetzb. f. Bayern v. 1813 Art. 420 ff., ferner in Oldenburg, Württemberg, Sachsen und Baden bedroht. Im französ. u. österreich. Recht war die Selbsthilfe als solche niemals strafbar.

[25]) RG in RGZ 11, 239 und 18, 218.

[26]) In der ersten Lesung z. BGB war die Selbsthilfe noch als besonderes

Dieser Rechtsentwicklung gemäß hat das Bürgerliche Gesetzbuch eine konstruktiv wie praktisch klare und in jeder Beziehung befriedigende Lösung gebracht. Sie kann ohne Zweifel als ein ungeheurer Fortschritt bezeichnet werden, der trotz des jüngsten Wandels der Rechtsentwicklung bis zum heutigen Tage seinen Wert behalten hat und auch für die Zukunft des nationalsozialistischen Rechts seine legislatorische Bedeutung bewahren wird.

C. Die Selbsthilfe nach geltendem Recht.

I. GRUNDLEGUNG UND SELBSTHILFETATBESTÄNDE NACH DEM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH.

1. Grundlegung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht von dem Standpunkt aus, daß eine an sich erlaubte Handlung nicht dadurch unerlaubt, eine an sich unerlaubte Handlung nicht dadurch ohne weiteres erlaubt wird, daß sie zum Zwecke der Selbsthilfe vorgenommen wird. Die Denkschrift zum BGB (S. 87) bringt diesen Gedanken in der Weise zum Ausdruck, daß sie sagt: „Der bloße Selbsthilfezweck einer Handlung ist grundsätzlich für ihre rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung". Maßgebend ist vielmehr, ob die Selbsthilfehandlung ein durch die bestehenden Gesetze geschütztes Rechtsgut eines anderen verletzt und das an sich unerlaubte Tun im Einzelfalle deshalb zum rechtmäßigen Handeln wird, weil es den vom Gesetz als Ausnahmeregelung erlassenen besonderen Voraussetzungen genügt. Wenn es daher auch zutrifft, daß die Selbsthilfe als solche nicht durchaus unerlaubt ist[1]), so ist doch andererseits daran festzuhalten, daß der Selbsthilfezweck allein nicht entscheidet[2]). Praktisch gesehen bedeutet daher die in §§ 229 ff. BGB getroffene Allgemeinregelung der Fälle, in denen das an sich widerrechtliche Vorgehen des Berechtigten zu einem erlaubten Tun wird, weil dies zum Zweck der Selbsthilfe geschieht, eine Durchbrechung des unser Privatrecht beherrschenden Grundsatzes der staatlichen Zwangsvollstreckung, die es ablehnen muß, eine zwangsweise Anspruchsverwirklichung dem Einzelnen als eigenmächtige Vollstreckung ohne Kautelen zu überlassen[3]). Als selbstverständlich wird dabei heute die Erkentnis zugrunde zu legen sein, daß sowohl die der

Privatdelikt anerkannt worden. Heyer S. 54.

[27]) Vgl. zu dem Ganzen auch Heyer a.a.O., insb. S. 52—57 ff.

[1]) Staudinger Komm. z. BGB. 10. Aufl. 1936. S. 1052 Nr. 1.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. I § 123.

[3]) Planck-Strohal, Komm. 4. Aufl. Bd. I 1913 S. 573; Kühn S. 11.

Selbsthilfe innewohnende Rechtsidee, wie auch ihre legislatorische Regelung, infolge des Rechtsumbruches gemäß der im Nationalsozialismus anerkannten Sittenordnung und Weltanschauung zu begreifen und praktisch anzuwenden ist. Andererseits kann aber auch kein Zweifel darüber bestehen, daß der Richter nach wie vor an die Gesetze gebunden ist[4]). Wenn aber jede Zeit Anspruch und Verpflichtung hat, das Recht zu erhalten und zu schaffen, das ihr entspricht[5]), und wenn heute der Grundsatz gilt, daß über dem Recht des Einzelnen das Recht der deutschen Volksgemeinschaft in allen seinen Regelungen und Gestaltungen steht, so muß auch bei einer gegenwartsnahen Untersuchung über das Rechtsinstitut der Selbsthilfe im Privatrecht dieser Erkenntnis stets Beachtung geschenkt werden. Dazu kommt, daß der Wandel in der Bewertung der Lebensgüter durch die heutige Abwendung vom Abstrakten und rein Begrifflichen vielfach zu einer Betrachtung zwingt, die uns über die Art, wie man bisher die Rechtsinstitute des BGB auszulegen und zu begreifen suchte, weit hinausführt.[6]) Kann es doch zur Zeit als ausgemacht gelten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in einem überwiegenden Teil „zu einem Lehrbuch geworden ist, das als solches auf Volksnähe verzichtet und sich statt an das ganze Volk oder — je nach seinem Stoff — an bestimmte Volksteile, nur an den Juristen wendet".[7]) Es wird sich im Laufe der folgenden Darstellung mehrfach zeigen, daß diese grundlegende Umstellung für eine ganze Reihe von Einzelfragen von besonderer Bedeutung wird.

Selbsthilfe ist im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches eigenmächtige Sicherung gefährdeter Ansprüche durch Eingriffe in rechtlich geschützte Güter Dritter mangels obrigkeitlicher Hilfe vorbehaltlich richterlicher Entscheidung.[8]) Bei der Selbsthilfe geht der, dem ein Anspruch zusteht, angriffsweise vor, um die Verwirklichung seines Anspruchs zu s i c h e r n. Das ist wenigstens dem Grunde nach das Entscheidende.[9]) Daraus erhellt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, das sich einer Begriffsbestimmung der Selbst-

[4]) § 1 GVG. Vgl. Baumbach, Komm. z. ZPO 1937 S. 1357 c. — Ferner: RGZ 144, 310; „Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters" in: Deutsche Rechtswissenschaft 1936 Heft 2 S. 123 ff.; Eckardt, Richteramt, ebenda S. 124 ff. u. a. m.

[5]) Schlegelberger: Abschied vom BGB 1937 S. 16.

[6]) Stoll, „Vertrag und Unrecht" in: Grundriß des deutschen Rechts, 1. Halbbd., 1936, S. 5 III.

[7]) Schlegelberger Abschied S. 12.

[8]) Aehnlich Heyer S. 108; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil Bd. II. 2. S. 590; Planck-Strohal S. 574; Schocke S. 49 u. a. m.

Ungenau Staudinger, wenn er — a.a.O. S. 1052 — von eigenmächtiger „A n s p r u c h s v e r w i r k l i c h u n g" spricht.

[9]) Richtig Planck-Strohal a.a.O. S. 574. Verfehlt Haller: „Ueber Selbstverteidigung u. Selbsthilfe nach dem BGB", Würzburg 1900, wenn er S. 107 von einem Notangriff als Selbstbefriedigung spricht. Aehnlich Cosack I S. 292 ff. u. Zitelmann S. 41, während Matthiass § 68 von Rechtsverfolgungszweck und Kuhlenbeck S. 71 von offensiver Hilfe sprechen. Vgl. Krienitz S. 11—13.

hilfe absichtlich enthalten hat, im Anschluß an den Sprachgebrauch des Gemeinen Rechts die Selbsthilfe im engeren Sinne als eigenmächtige Zwangsvollstreckung in bestimmten gesetzlich geregelten Ausnahmefällen und damit als eine Ergänzung des Prozeßrechts auffaßt, was für die Auslegung einer ganzen Reihe von Einzelfragen bedeutsam wird.[10])

Die Selbsthilfe stellt sich konstruktiv als Ausübung und Geltendmachung eines — subjektiven[11]) — Rechts dar. Steht einem Berechtigten ein Anspruch zur Seite, so kann er entweder Befriedigung vom Gegner verlangen, oder er muß sich das ihm Gebührende notfalls im Wege der Klage oder im Wege provisorischer Rechtsbehelfe (Arrest, einstweilige Verfügung) verschaffen. Der Eigentümer darf sich die ihm entzogene Sache ebensowenig gewaltsam nehmen, wie der Gläubiger seine Forderung einfach beitreiben darf. Uebt er aber gemäß § 229 BGB erlaubte Selbsthilfe, so liegt darin gleichzeitig eine Ausübung und Geltendmachung seines Rechts, nicht anders als beim Betreiben staatlicher Zwangsvollstreckung; wie diese ist sie Rechtsdurchsetzung[12]). Dies ist bisher nicht allgemein erkannt worden und bedarf daher besonderer Feststellung[13]). v. Tuhr ist der Auffassung[14]), daß die Selbsthilfe nicht Anspruchsausübung ist, sich vielmehr lediglich als Geltendmachung des Rechts darstellt, z. B. als Geltendmachung des Eigentums oder der Forderung, und zwar ohne Erhebung eines Anspruchs: Wer Selbsthilfe übt, so meint v. Tuhr, wende sich nicht an den Willen des Gegners, sondern setze sich über diesen Willen hinweg. Dem muß aber insoweit widersprochen werden, als v. Tuhr die an anderer Stelle[15]) zutreffend gegebene Gegensätzlichkeit von Rechtsausübung und Geltendmachung auf den Selbsthilfetatbestand nicht zutreffend anwendet. Rechtsausübung ist jedes menschliche Tun,

[10]) Zutreffend Heyer S. 62; Schmitt S. 31.

[11]) Ueber diesen Begriff s. jetzt Stoll a.a.O., 2. Halbbd. § 52 S. 205 ff.; Würdinger, Das subjektive Recht i. Privatrecht. i. Dtsch. R.Wiss. 1936 Heft 1 S. 15; Siebert, Subjekt. Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, ebd. S. 26 ff.; Doelle in Schmollers Jhb. Bd. 57 Heft 5 S. 10 ff.

[12]) Stoll a.a.O. § 52 S. 204 u. S. 209.

[13]) Ungenau Heyer, der a.a.O. S. 57 ff., der Rechtsausübung die Rechtsdurchsetzung gegenüberstellt. Geltendmachung eines Rechts liegt nach seiner Darstellung dann vor, wenn der Rechtsausübung ein nicht auf dem Willen einer Person beruhendes körperliches Hindernis entgegensteht (S. 58). Rechtsdurchsetzung liegt nach Heyer nur da vor, „wo sich der Gegner corpore et animo" der Rechtsausübung widersetzt. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Rechtsdurchsetzung ist nicht Ober-, sondern Unterbegriff, ist ein Anwendungsfall, je nach Lage des Falles ebenso der Rechtsausübung wie der Geltendmachung. Rechtsdurchsetzung ist jede auf Verwirklichung eines Privatrechts gerichtete Tätigkeit einer Person, mag sie zwangsweise mit oder ohne Hilfe des Staates vor sich gehen, in der Form von Realakten sich vollziehen oder durch Ausübung von Gestaltungsrechten. Richtig ist, daß die Selbsthilfe Rechtsdurchsetzung ist. Heyer S. 58; vgl. auch Endemann I S. 446.

[14]) v. Tuhr a.a.O. S. 590.

[15]) v. Tuhr a.a.O. S. 547.

durch das ein subjektives Privatrecht inhaltlich verwirklicht wird.[16]) Geltendmachung eines Rechts ist die rechtsbedeutsame Behauptung des Bestehens eines Rechts[17]), wobei es unerheblich ist, zu welchem Zweck eine solche Behauptung aufgestellt wird und unter welchen Umständen sie erfolgt. Wichtig ist nur, daß mit der Behauptung ein bestimmter rechtlicher Erfolg erstrebt wird. Da die Rechtsordnung Gemeinschaftsregelung ist[18]), alle Privatrechte sich daher nur als Spiegelung des objektiven Rechts darstellen, kann eine Rechtsgeltendmachung nur vorgestellt werden in Beziehung zu einer anderen Person, die unter der gleichen Rechtsordnung steht. Die wichtigste Form der Geltendmachung subjektiver Rechte ist die gerichtliche Geltendmachung, die aber stets auch Rechtsausübung ist, weil sie nach heutiger Rechtsauffassung das Einverlangen eines Rechts gleichzeitig als seine Inhaltsverwirklichung darstellt.[19]) Der Begriff der Rechtsausübung ist also der umfassendere[20]), er betrifft jedes menschliche Verhalten, das dem Inhalt seines Rechtsverhaltens entspricht und auf Rechtsverwirklichung gerichtet ist. Wenn daher im Einzelfall auch vielfach Geltendmachung ohne gleichzeitige Ausübung vorkommen kann, wie dies z. B. bei der reinen Feststellungsklage der Fall sein dürfte, und umgekehrt auch Ausübung ohne Geltendmachung eines Rechts denkbar ist[21]), so sind doch eine ganze Reihe von Tatbeständen so gelagert, daß gleichzeitig eine Ausübung und Geltendmachung eines Rechts vorliegt. Dies ist auch bei der Selbsthilfe der Fall. Wenn der Berechtigte gemäß § 229 BGB eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder den fluchtverdächtigen Verpflichteten festnimmt usw., so liegt darin die ihm gesetzlich zugestandene inhaltliche Verwirklichung seines Rechts bezw. seines Anspruchs nach Art der Zwangsvollstreckung[22]). Es liegt also Rechtsausübung vor. Gleichzeitig haben wir aber in diesem Vorgehen des Selbsthilfeberechtigten auch eine außergerichtliche Geltendmachung seines Rechts zu erblicken, denn dieses Vorgehen enthüllt mit aller Deutlichkeit die in ihm zum Ausdruck gelangende rechtsbeachtliche Behauptung, daß ihm, dem Selbsthilfeberechtigten gegenüber dem Verpflichteten, d. h. einer anderen unter der gleichen Gemeinschaftsordnung stehenden Person, ein Recht bezw. Anspruch zustehe. Gemäß § 229 BGB muß der Sacheingriff und die Festnahme des Fluchtverdächtigen „zum Zwecke" der Selbsthilfe erfolgen, der

[16]) So richtig v. Tuhr a.a.O. S. 540; Hirsch, Die Uebertragung der Rechtsausübung 1910, 1. Teil, S. 18.

[17]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, III § 171, S. 280.

[18]) Stoll a.a.O. § 1 III u. § 29 III 1.

[19]) Hellwig irrt, wenn er a.a.O. S. 281 ff. glaubt, nur erfolgreiches Gebrauchmachen von Rechtsbefugnissen sei Rechtsausübung im technischen Sinne. Dagegen mit Recht Hirsch a.a.O. S. 62.

[20]) Irrig: Sohm, Institutionen 1911 S. 277.

[21]) Man denke z. B. an den Nießbraucher, der die Früchte zieht oder an den Eigentümer, der seine Sache nutzt.

[22]) Dies erkennt v. Tuhr a.a.O. S. 590 Anm. 7 selbst an.

Handelnde muß sich also seines Vorgehens bewußt sein[23]). Diese Handlungen müssen also von einer bestimmten Absicht getragen sein, wie der Gesetzeswortlaut sagt; sie sind also keine rein realen Akte[24]), sondern auch Ausdruck einer Rechtsbehauptung. Wie unten dargelegt werden wird, ist die beim Berechtigten obwaltende Absicht aber keine andere als die der Anspruchsverwirklichung; dann aber bleibt nichts übrig, als die Folgerung zu ziehen, daß er damit auch dem Verpflichteten gegenüber behauptet, Berechtigter zu sein. In der Rechtsdurchsetzung des Selbsthilfeberechtigten liegt gleichzeitig eine Geltendmachung des Rechts und eine Rechtsausübung. Es trifft daher nicht zu, wenn v. Tuhr der Selbsthilfe den Ausübungscharakter abstreitet. Wie so oft, zeigt sich auch hier, daß Rechtsausübung und Geltendmachung eines Rechts innerlich verwandte Begriffe sind.[25])

Was sodann die grundlegenden Elemente der Selbsthilfe betrifft, so ergibt sich aus der bereits oben gegebenen Begriffsbestimmung, daß sie ein privatrechtlicher Behelf ist, Angriffsnatur aufweist, nur einen provisorischen Wert hat und schließlich als Notrecht anerkannt ist, da sie nur bei Gefährdung der Anspruchsvereitelung oder Erschwerung seiner Durchsetzung, sowie bei Ausbleiben obrigkeitlicher Hilfe gewährt wird. Rechtsschutzmittel ist die Selbsthilfe deshalb, weil ihr ein nach geltendem Recht anerkannter Anspruch zugrunde liegen muß. Gegenüber den gerichtlichen Rechtsschutzmitteln steht sie als Eigenmachtsrecht neben den anderen im BGB anerkannten Notrechten (Notwehr und Notstand — den Fällen der Selbsthilfe im weiteren Sinne —)[26]) und neben den im Landesrecht aufrechterhaltenen Privatpfändungsrechten als selbständiges Institut. Der Notstand des Bürgerlichen Gesetzbuches gewährt das Recht der Eigenmacht, ohne daß ein klagbarer Anspruch gefordert wird. Auch darf der vom Notstand Bedrängte den Eingriff in das fremde Rechtsgut nur im Wege der Eigenmacht vollziehen.[27]) Aggressiv ist das Rechtsschutzmittel, weil es weder einen Angriff des Verpflichteten fordert, noch überhaupt ein sonstiges zur Verteidigung herausforderndes Verhalten. Da die Selbsthilfe aber eine Gefahrenlage verlangt, wird sie im Schrifttum vielfach als „Notangriff" behandelt und im Gegensatz zu den anderen bürgerlichen Notrechten mit dem Notstand des BGB in Verbindung gebracht.[28]) Auch die Besitzselbsthilfe (§ 859 BGB) kann in

---

[23]) Darüber s. unten S. 33.

[24]) Vgl. Endemann, Lehrbuch, Bd. I, S. 416 ff.; Zitelmann Bd. I, S. 37 ff.; Crome, System Bd. I. § 121, S. 330 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht, § 36, S. 319; Hellwig, Lehrbuch III, S. 280 usw.

[25]) Es fällt auf, daß das Schrifttum diesen grundlegenden begrifflichen Unterschied bisher nicht genügend beachtet hat. s. auch oben S. 17 Anm. 13.

[26]) Selbstverteidigung vgl. Kühn S. 9 § 5.

[27]) Heyer a.a.O. S. 109: „Der Notstand stellt gleichsam eine eigenmächtige Einigung dar."

[28]) So z. B. Heyer a.a.O. S. 112; Cosack Bd. I, S. 292 ff. Die Motive zum

diesem Zusammenhang erwähnt werden, da sie auch nach erfolgtem Angriff zulässig ist und, wie die Selbsthilfe, auf Grund der einmal geschaffenen Gefahrenlage einen aggressiven Charakter aufweist.

Der nur zeitlich bedingte Charakter der Selbsthilfe kommt in der gesetzlichen Vorschrift zum Ausdruck, daß gerichtliche Bestätigung bezw. nachfolgende Klage geboten ist, soll der Eigenmachtstatbestand rechtmäßig sein. Die Selbsthilfe ist nur Sicherungs-, nicht Vollstreckungsmittel und ähnelt in dieser Beziehung der Sachpfändung und vorläufigen Festnahme.

Daß die Selbsthilfe schließlich nur als Notrecht besonderer Art neben den sonst noch im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Notrechten ihre Berechtigung aufzeigt, ergibt sich aus dem schon Gesagten, besonders aber auch aus der geschichtlichen Entwicklung. Alle Notrechte finden ihre tiefere Begründung in einer besonderen Gefahrenlage, in der sich der Berechtigte befindet, und die zu sichern und zu schützen das Recht für gut befindet, weil obrigkeitliche Hilfe nicht stets zur Stelle sein kann. Während aber bei den sog. uneigentlichen Notrechten (Besitz, Selbsthilfe, Notwehr, Viehschüttung, Abschußrechte von Wild, Tauben etc., Verfolgungsrecht bei Bienen) keine Gefahr im Verzuge, kein Fehlen obrigkeitlicher Hilfe erforderlich ist, ist dies gerade bei der Selbsthilfe ein wesentliches Kennzeichen. Sie darf daher als Notrecht im eigentlichen Sinne bezeichnet werden und stellt den charakteristischsten Fall erlaubter Eigenmacht dar. „Bei der Selbsthilfe ist der Gläubiger gewissermaßen Richter und Vollstrecker in einer Person.“[29])

Eine Betrachtung der grundlegenden dogmatischen Stellung, die die Selbsthilfe im heutigen Recht einnimmt, kann nicht an der Frage vorbeigehen, welchen strukturellen Charakter die Selbsthilfe hat, d. h. welcher rechtlichen Natur die im § 229 BGB behandelten Selbsthilfeberechtigungen sind. Diese im bisherigen Schrifttum noch keineswegs genügend untersuchte Frage, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit auch nur in ihren Grundlinien gekennzeichnet werden kann, hat ihren Ausgangspunkt bei der oben bereits gewonnenen Feststellung zu nehmen, daß die Selbsthilfe ebenso Rechtsgeltendmachung wie Anspruchsausübung ist.[30]) Daraus gewinnen wir die Erkenntnis, daß es sich beim eigentlichen Selbsthilferecht um ein funktionales Recht, d. h. um ein subjektives, dynamisches Privatrecht handelt, im Gegensatz zu den absoluten Rechten, den Herrschaftsrechten, die zu den statischen Rechten gehören und deren Inhalt die Rechtsmacht ist, auf ein bestimmtes

---

BGB Bd. I S. 354 sprechen von Selbstzugriff; ein ähnliches Notangriffsrecht finden wir noch bei dem Verfolgungsrecht von Bienen, § 962 BGB.

[29]) Heyer a.a.O. S. 111.

Sein Hinweis auf Pfandverkauf und Selbsthilfeverkauf geht aber fehl, da hier wesentlich andere Gesichtspunkte im Vordergrund stehen.

[30]) s. oben S. 18.

Objekt einzuwirken oder fremde Einwirkung auszuschließen.[31]) Daß für die Gruppierung der Privatrechte nach der Natur der in ihnen liegenden Rechtsmacht vom Hauptinhalt des jeweiligen Rechts auszugehen ist, bedarf heute keines Nachweises mehr.[32]) Den Beherrschungsrechten stehen gegenüber die Ansprüche[33]) und Gestaltungsrechte, die uns das subjektive Privatrecht in seiner Funktion zeigen. Daß das Selbsthilferecht nach § 229 BGB nicht zu den Ansprüchen bezw. Forderungen gehört, bedarf keiner Erörterung und ist auch gelegentlich bereits im Schrifttum festgestellt worden[34]). Es ist aber die sich daraus ergebende Folgerung bisher[35]) noch nicht gezogen worden, daß es sich bei dem Selbsthilferecht um ein Recht auf Rechtsänderung, also um ein Gestaltungsrecht im technischen Sinne handelt, da andere Privatrechte als die hier angeführten drei Kategorien der Beherrschungsrechte, Ansprüche und Rechtsänderungsrechte nicht bestehen. Dies ist umso auffallender, als ja seit der grundlegenden Arbeit Seckels über die Gestaltungsrechte in der Festschrift für Koch (1903 S. 205 ff.) sich das gesamte Schrifttum bis zur Gegenwart[36]) mit großer Sorgfalt des Problems der Gestaltungsrechte, ihres Wesens, ihrer Bedeutung und der auf sie anwendbaren Gesetze und Vorschriften angenommen hat. Der Nachweis für diesen Rechtscharakter der Selbsthilfe kann hier nur in kurzen Strichen geführt werden. Gestaltungsrechte, Rechte auf Rechtsänderung[37]) im Sinne Seckels, sind diejenigen subjektiven konkreten Privatrechte, deren „Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft". Die konkrete Rechtsbeziehung, die durch die Ausübung des Gestaltungsrechts getroffen wird, kann sein „ein Rechtsverhältnis, speziell ein Herrschaftsrecht oder wiederum ein Gestaltungsrecht oder eine Macht oder eine Last oder eine Personen- oder Sacheigenschaft". Das Wesen der sog. Rechtsänderungsrechte besteht also darin, daß sie dem Rechtsträger die Macht verleihen, durch privatrechtliche Gestaltungserklärung die Ent-

---

[31]) Ueber den Gegensatz von statischem und dynamischem Recht s. Bott-Bodenhausen, Formatives und funktionales Recht, 1926; Fehr, Das kommende Recht 1933; Schmelzeisen in: Arch.Ziv.Pr. 136, 38 ff.; 129 ff., 139. Hedemann in: Recht und Wirtschaft 1922, S. 588, 3; Volkmar in: Ztschr. d. Akad. f. Dtsch. Recht 1935, S. 274 ff. u. a. m.

[32]) Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 66; Henle, Lehrb. Allg. Teil S. 20 ff.

[33]) v. Tuhr a.a.O. I, 1 § 6 S. 140 ff. rechnet auch die Forderungen bezw. Ansprüche zu den Beherrschungsrechten, er nennt sie Herrschaftsrechte.

[34]) Staudinger I zu § 229 Bem. 3a: „Das Selbsthilferecht selbst ist kein Anspruch im Sinne des BGB"; v. Tuhr II 2 § 96 S. 590: „Nur ausnahmsweise tritt an Stelle des Anspruchs das Recht auf Selbsthilfe".

[35]) v. Tuhr, I 1 § 8 a. E. S. 180, zählt das Selbsthilferecht zu den Eingriffsrechten. — Aehnlich Titze S. 32; Endemann § 84 b, Note 4.

[36]) Vgl. Steinbeißer, Die rechtliche Behandlung der Gestaltungsrechte, 1935, S. 4, 7; Fromme, Das Gestaltungsrecht als sonstiges Recht 1934; Eckart, Diss. S. 9 ff., 13 ff.; Barth, Diss. S. 15; u. a. m.

[37]) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 66 Nr. 3.

stehung, die Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte herbeizuführen. Wichtig ist, daß die vom Gesetz an die Gestaltungserklärung geknüpfte Rechtsfolge als unmittelbarer Ausdruck der besonderen Macht erscheint, mit der das Gesetz im Einzelfall das Gestaltungsgeschäft ausgestattet hat. Es erscheint nun fraglich, ob der Selbsthilfetatbestand des § 229 BGB in diesem Sinne als ein Anwendungsfall einer solchen Gestaltungsberechtigung angesehen werden kann. Denn Bedenken bestehen zunächst insofern, als sich hier der Eingriff in die fremde Rechtssphäre durch reale Akte (Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung der Sache, Festnahme des fluchtverdächtigen Verpflichteten) vollzieht, nach den maßgeblichen Darstellungen Seckels[38]) und des sonstigen Schrifttums das Mittel der Gestaltung aber eine einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen, sein muß, an die das Recht die Gestaltungswirkung knüpft. Es gibt nun allerdings ein anerkanntes Gestaltungsrecht, das nicht durch bloße Willensäußerung, sondern durch Willensbetätigung, also durch einen Real- und Naturalakt, verwirklicht wird, d. h. durch eine ganz bestimmt geartete Handlung, an die das Gesetz die Rechtsfolge des erstrebten Erfolgswillens unmittelbar knüpft, nämlich die Aneignung einer beweglichen Sache, Occupation.[39]) Auch nach Seckel ist in der Occupation eine Rechtsgestaltung zu erblicken[40]), obwohl er, wie erwähnt, mehrfach gerade die Willenserklärung des Rechtssubjektes als kennzeichnendes Ausübungsmittel beim Gestaltungsrecht erwähnt. Es dürfte aber kein Bedenken bestehen, Real- und Naturalakte dann als Ausübungsmittel eines Gestaltungsrechtes anzuerkennen, wenn der Gesetzgeber mit ihrer Regelung die Auffassung verbunden hat, daß mit der Vornahme eines solchen Realaktes die Ausübung willensbetonter Macht des Rechtssubjektes zum Ausdruck kommen sollte, jener Gestaltungsmacht, die gerade als wesentlichstes Kennzeichen des Gestaltungsrechtes im Einzelfall in Betracht kommt.[41]) Wenn nun oben bereits (S. 18) dargetan worden ist, daß die Ausübung des Selbsthilferechts nicht nur eine außergerichtliche Geltendmachung des konkreten Privatrechts, sondern auch Rechtsausübung im technischen Sinne ist, so dürfte es gerechtfertigt sein, dieser Rechtsausübung den Charakter einer Rechtsgestaltung beizulegen, da die unmittelbare Wirkung der Selbsthilfe die Sicherung der Anspruchsverwirklichung und damit die Herbeiführung jener Rechtslage ist, die wir als private Zwangsvollstreckung zwecks Vorbereitung der

[38]) Seckel a.a.O. S. 211. Die Willenserklärung als Mittel der Gestaltung wird von Seckel besonders betont. Vgl. noch S. 241, 215, 238. Ebenso alle anderen Schriftsteller, die sich mit den Gestaltungsrechten beschäftigen.

[39]) § 958 ff. BGB.

[40]) a.a.O. S. 212, Anm. 1; 213, 215, insbes. S. 238.

[41]) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 66 N. 3, rechnet die Occupation einer Sache, besonders im Jagd- und Fischereirecht, zu den Rechtsänderungsrechten; s. ferner die oben S. 21 erwähnten Schriftsteller.

öffentlichen Vollstreckung bezeichnet haben. Der latente Zustand gefährdeten Privatrechts wird durch die Selbsthilfeaktion in den gesicherten Zustand provisorischer, zunächst privater Zwangsvollstreckung umgestaltet.

Jedes Gestaltungsrecht muß nun den begrifflichen Allgemeinerfordernissen des subjektiven Privatrechts genügen[42]). Es muß sich daher für mehr darstellen als es jene Möglichkeiten sind, von denen jedermann im Rechtsleben Gebrauch machen kann (z. B. Offerten machen, Gesellschaften gründen, Testamente errichten usw.), „denn was jeder kann, ist nicht konkrete Macht; jedes subjektive Recht ist ein Vor-Recht“[43]). Dem genügt auch das Selbsthilferecht, denn aus § 229 BGB ergibt sich ohne weiteres, daß unter bestimmten Voraussetzungen gerade dem gefährdeten Rechtssubjekt das besondere Vorrecht zur Seite steht, mit besonderen Mitteln den ihm durch Gesetz anerkannten Sicherungszweck zu verfolgen. Der Selbsthilfeberechtigte nimmt nicht schlechtweg die Sache fort, zerstört oder beschädigt sie, er nimmt nicht einfach den Fluchtverdächtigen fest oder beseitigt den Widerstand des Verpflichteten, er tut dies vielmehr „zum Zwecke der Selbsthilfe“, also zum Zwecke einer Rechtsgestaltung. Die Handlungen sind also von einer bestimmten machtbetonten Absicht getragen, so daß kein Zweifel besteht, daß in dem Vorgehen des Selbsthilfeberechtigten mehr als ein bloßer Realakt zu erblicken ist.

Innerhalb der Gestaltungsrechte ist das Selbsthilferecht zu den Rechtsänderungsrechten[44]) und, von der Wirkung aus betrachtet, zu den Eingriffsrechten zu rechnen, im Gegensatz zum Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen, das zu den sog. Zugriffsrechten zu zählen ist. In diesem Zusammenhange wird von Seckel besonders auf das Zweigabschneiderecht des Eigentümers (§ 910 BGB) als Eingriffsrecht hingewiesen (S. 213). Der von dem Selbsthilfeakt Betroffene ist Gestaltungsgegner, er ist allen Eingriffen unterworfen, die das Gesetz dem Berechtigten gestattet[45]). Das Selbsthilferecht ist selbständiges Gestaltungsrecht, denn es ist weder mit anderen Rechten, Pflichten oder Belastungen verknüpft, noch Bestandteil oder Akzession anderer Rechtsbeziehungen.[46]) Es entsteht mit dem Vorliegen der zum Tatbestand des § 229 BGB gehörenden Merkmale, d. h. es entsteht kraft Gesetzes[47]). Das Selbsthilferecht ist wegen seines grundsätzlich persönlichen Charakters[48]) unübertragbar; liegen doch die Entstehungsvoraussetzungen ausschließlich in der

[42]) Seckel a.a.O. S. 211.
[43]) Seckel a.a.O. S. 211.
[44]) Seckel a.a.O. S. 212.
[45]) Das Problem der Gestaltungsgegnerschaft ist z. Z. — wie zu Zeiten Seckels — noch ziemlich ungeklärt; s. Seckel a.a.O. S. 215 Anm. 1; Barth a.a.O. S. 15.
[46]) Vgl. hierzu Seckel a.a.O. S. 217.
[47]) Aehnlich die Aneignungsrechte, Seckel a.a.O. S. 218.
[48]) Hierüber s. unten S. 37, 38.

Person des Selbsthilfeberechtigten und erscheint es fraglich, ob er die Ausübung des ihm zustehenden Selbsthilferechts Dritten überlassen kann[49]). Mit Durchführung der Selbsthilfehandlungen verwirklicht sich das Gestaltungsrecht des Selbsthilfeberechtigten, und es geht daher mit Vornahme der Eingriffshandlungen als solcher unter. Denn das ist ja der Sinn eines Gestaltungsrechts, durch Ausübung erschöpft zu werden. Das Gestaltungsrecht ist ein Zweckrecht, ähnelt hierin der Obligation. Wird dieser Zweck in anderer Weise als durch Rechtsgestaltung des Berechtigten erreicht, so wird das Gestaltungsrecht gegenstandslos. Das gilt auch vom Recht der Selbsthilfe: Wird der Selbsthilfeberechtigte durch Ausübung der ihm zustehenden Selbsthilfemaßnahmen befriedigt, oder geht der zu sichernde Anspruch unter, oder wird das Sicherungsbedürfnis des Berechtigten gar durch staatliche Zwangsvollstreckung befriedigt, so kann ein Selbsthilferecht nicht mehr in Frage kommen.

Anders liegt der Fall, wenn gemäß § 230 BGB Abs. 4 der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt wird, den Berechtigten daher nunmehr die Verpflichtung (ex lege) trifft, weggenommene Sachen unverzüglich zurückzugeben und den Festgenommenen freizulassen. In diesem Falle ist durch Ausübung des Selbsthilferechts die Gestaltungswirkung bereits eingetreten und die gesetzliche Folge (Legalobligation) tritt nur deshalb ein, weil der Berechtigte dem an die Gestaltungsausübung geknüpften rechtlich vorgeschriebenen Verhalten nicht genügt hat. Ebenso hat die Schadensersatzhaftung des Selbsthilfeberechtigten gemäß § 231 BGB mit dem Gestaltungsrecht selbst nichts zu tun. Die Rechtsgestaltung als solche ist wirksam eingetreten und soll durch den im § 231 BGB gewährten Ersatzanspruch lediglich nach Billigkeitsgründen ausgeglichen werden. Auch im Falle putativer Selbsthilfe liegt daher die — wenn auch unzulässige — Ausübung eines Gestaltungsrechts vor.

2. Die Selbsthilfetatbestände im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die allgemeinen Bestimmungen über die Selbsthilfe sind in den Vorschriften der §§ 229—231 BGB enthalten. Daneben kennt unser Bürgerliches Gesetzbuch eine Reihe von besonderen Fällen berechtigter Selbsthilfe, auf die im Laufe der vorliegenden Abhandlung mehrfach hingewiesen werden muß. Sie sind zum Verständnis des Ganzen in aller Kürze hier zu erwähnen.

Im Recht der Schuldverhältnisse ist zunächst das Sperrecht (§§ 561, 581 Abs. 2, 704 Satz 2 BGB) anzuführen, demzufolge der Vermieter (Verpächter, Gastwirt) die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er anspruchsberechtigt ist, auch ohne Anrufung des Gerichts verhindern darf und bei Aus-

[49]) Hierüber s. unten S. 38. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob das Selbsthilferecht — ohne übertragen zu werden — auch durch Dritte „ausgeübt" werden kann. Vgl. hierüber unten S. 37.

zug des Mieters in Besitz zu nehmen befugt ist. Grundlage dieses Sperrrechts ist das gesetzliche Pfandrecht, das den oben erwähnten Personen zusteht. Dies ist der Grund für die Erweiterung, die das Sperrecht dieser Personen gegenüber dem allgemeinen Selbsthilferecht der §§ 229 ff. BGB erfährt[50]), denn die Ausübung des Sperrrechts ist zulässig, auch ohne daß eine besondere Gefahr vorzuliegen braucht und ohne daß obrigkeitliche Hilfe alsbald nicht zu erlangen ist. Das Perklusionsrecht des Vermieters stellt sich nach dem Willen des Gesetzgebers als besonderer Sicherungsschutz des gesetzlichen Pfandrechts dar[51]). Ferner ist beachtenswert, daß das Selbsthilferecht auch wegen erst künftig fällig werdender Forderungen, aber natürlich nur an den dem Pfandrecht unterstehenden Sachen, geltend gemacht werden kann[52]). Auch diese Besonderheit ergibt sich aus der Natur der dem Pfandrecht des Vermieters usw. zugrunde liegenden Mietschuld. Da im übrigen im Mietrecht über die vom Vermieter zur Anwendung zu bringenden Mittel der Selbsthilfe nichts weiter gesagt wird, wird zutreffend angenommen, daß die insoweit bestehende Lücke durch § 230 I BGB ausgefüllt wird[53]). Die das Sperrecht ermöglichenden Mittel müssen maßvoll sein. Die Selbsthilfe des Vermieters darf nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist. Da der Zweck des Sperrechts des Vermieters in der Erhaltung bezw. Sicherung des gesetzlichen Pfandrechts an den eingebrachten Sachen des Mieters besteht, so darf auch die Selbsthilfe keinen anderen Zweck verfolgen, als den der Zurückhaltung der Sachen auf dem Grundstück des Vermieters. Was hierzu erforderlich ist, kann nur der einzelne Fall entscheiden[54]).

Im Gebiete des Sachenrechts sind als Selbsthilfetatbestände zu erwähnen das besonders wichtige Selbsthilferecht des Besitzers gemäß § 859 BGB, sowie die Selbsthilferechte des Grundstückseigentümers nach § 910 I 1 und nach § 962 BGB. Das dem Besitzer[55]) gemäß § 859 BGB zustehende Recht zur Besitzkehr ist ein Recht zur gewaltsamen Wiederbemächtigung im Fall vollendeter Besitzentziehung, auf dessen Inhalt hier nicht näher einzugehen ist. Es unterscheidet sich vom allgemeinen Selbsthilferecht (§ 229 ff. BGB) vor allem durch das Fehlen des Erfordernisses der Nichterlangung obrigkeitlicher Hilfe, des Drohens einer Rechtsvereitelung und der Unzulässigkeit der Festnahme des Täters, wie sie im § 229 BGB gestattet ist. Dagegen besteht eine enge zeitliche Schranke für die

---

[50]) Vgl. Planck, Komm. Bd. II zu § 561 Anm. 1.

[51]) Vgl. Krienitz S. 48; Schäfer S. 62.

[52]) Abweichend, aber kaum zutreffend, RGSt. 35, 150.

[53]) Vgl. Kühn S. 67 ff.; Schäfer S. 63.

[54]) s. Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen S. 173; § 231 BGB ist nicht anwendbar; a. M. nur Rehbein S. 344.

[55]) Ebenso dem Besitzdiener (§ 860 BGB); dem Teilbesitzer (§ 865 BGB); dem Mitbesitzer (§ 866 BGB). Entsprechendes gilt für den Inhaber einer Grunddienstbarkeit nach § 1029 BGB.

Ausübung der Befugnis gewaltsamer Wiederbemächtigung bei Mobilien insofern, als Besitzkehr nur zulässig ist, solange der Täter auf frischer Tat betroffen oder der Täter oder sein Nachfolger nach frischer Tat verfolgt wird; bei Liegenschaften insofern, als dieses Recht nur „sofort" nach Besitzentziehung verwirklicht werden darf. Man darf aber diese zeitliche Schranke nicht allzu eng bemessen. So ist es nicht erforderlich, daß der Täter gerade bei Ausführung der Tat betroffen wird; es genügt, daß die Besitzentziehung sofort nach der Verübung entdeckt und der Täter auf frischer Spur verfolgt wird[56]). Auch darf der Verfolger die ihm entzogene Sache, wenn er dem Täter in dessen Behausung folgt, noch hier abnehmen[57]). Bei Liegenschaften bedeutet „sofort" nicht „unverzüglich" (§ 121). Sofort handelt, wer so schnell handelt, wie nach gesunder Volksanschauung gehandelt werden kann. Das bedeutet, daß ein „modicum spatium" dem entsetzten Besitzer gewährt werden muß, so namentlich, wenn er erst gewisse Vorbereitungsmaßregeln treffen muß[58]). Im übrigen gilt in Ansehung der anwendbaren Gewaltmittel allerdings das, was im Rahmen des § 229 BGB darzulegen ist, und es muß als selbstverständlich bezeichnet werden, daß das jeweils im Einzelfall angewandte Mittel der Besitzkehrung notwendig und nicht in weiterem Ausmaß angewendet werden darf, als der Zweck der Wiederbemächtigung erheischt[59]). Andererseits muß aber bereits hier betont werden, daß das Gewaltrecht des Besitzers, seiner tieferen Grundidee nach, insofern von dem allgemeinen Selbsthilferecht des Bürgerlichen Gesetzbuches abweicht, als dieses eine private Zwangsvollstreckung darstellt, die zur Vorbereitung der staatlichen Vollstreckung dient. Schon die geschichtliche Entwicklung zeigt, daß dieser Gesichtspunkt, wie wir gesehen haben, den eigentlichen Kern des echten Selbsthilferechts ausmacht. Davon ist aber beim Gewaltrecht des Besitzers keine Rede, da von einer Sicherung der Anspruchsverwirklichung und einem Drohen einer Rechtsvereitelung in diesem Sinne hier nicht gesprochen werden kann[60]). Daher braucht auch auf weitere Fragen, wie die Erstreckung des Besitzkehrrechts gegen Nachfolger (§ 859 IV BGB), die Beteiligung Dritter usw., hier nicht näher eingegangen zu werden.

Das leitet zu der weiteren Frage über, ob in den beiden anderen bereits erwähnten Selbsthilfefällen überhaupt noch von einer Selbsthilfe im technischen Sinne gesprochen werden kann. Gemäß § 910 I S. 1 BGB darf der Eigentümer eines Grundstücks

---

[56]) Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung zu § 104 Anm. 2; RGRKomm. zu § 859 Anm. 3. — Allg. Meinung!

[57]) Prot. z. BGB. III, 39.

[58]) Staudinger, § 859 II 2; Biermann, Komm. z. BGB. (Sachenrecht) § 859 N. 3 b.

[59]) OLG 4, 292.

[60]) Schäfer S. 65; Kühn § 12 S. 57 ff.

(ebenso der Erbbauberechtigte[61])) Baumwurzeln usw., die vom Nachbargrundstück eingedrungen sind, insofern beseitigen, als sie ihn beeinträchtigen, die Zweige allerdings erst, wenn er dem Nachbarbesitzer eine angemessene Beseitigungsfrist gesetzt hat und diese abgelaufen ist. Die abgeschnittenen Wurzeln und Zweige darf der Eigentümer des Nachbargrundstücks behalten. Dieses Beseitigungs- und Aneignungsrecht fremder Sachen gehört zur Gruppe der unselbständigen Gestaltungsrechte, es fließt aus dem Eigentumsrecht am Grundstück und steht nur dem Eigentümer zu; es ist Eigentumsinhalt und berechtigt niemals zur Anwendung von Gewalt gegen die Person, gleichgültig ob obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig zu erlangen ist oder nicht, ob eine Rechtsvereitelung droht u. dergl. m. — Zweck der Vorschrift ist, den nachbarlichen Frieden zu schützen, die nachbarlichen Verhältnisse sollen einfach und gemeinverständlich gestaltet werden. Es ist bekannt, daß nachbarliche Prozesse meist mit größter Erbitterung geführt werden. Der Gesetzgeber wünschte dies zu verhüten. Besonders ist darauf hinzuweisen, daß der Liegenschaftseigentümer keinen Anspruch gegen den Nachbarn auf Beseitigung der eingedrungenen Wurzeln und herüberragenden Zweige hat, sodaß von einer Anspruchsverwirklichung hier überhaupt nicht die Rede ist[62]). Vor allem aber versagt hier wieder der leitende Gesichtspunkt, daß die Selbsthilfe im rechtstechnischen Sinne private Zwangsvollstreckung ist, die zur Vorbereitung staatlicher Vollstreckung dient. Aus alledem folgt, daß in dem erwähnten Fall nur mit größter Zurückhaltung von einem besonderen Selbsthilfefall gesprochen werden kann, will man den Selbsthilfebegriff nicht allzu weit ausdehnen und verbessern[63]). Ebenso ist die Sachlage im Fall des § 962 BGB, wonach dem Eigentümer des ausziehenden Bienenschwarmes das Recht eingeräumt ist, bei der Verfolgung des entflogenen Bienenschwarmes fremde Grundstücke zu betreten und notfalls zwecks Einfangens die Bienenwohnung zu öffnen, die Waben herauszunehmen oder herauszubrechen. Auch in Ansehung der hier gestatteten Gewaltmaßnahmen gilt das soeben Gesagte[64]).

---

[61]) Nicht andere im Rahmen des § 1004 BGB, dem Eigentümer gleichgestellte Berechtigte! Vgl. Biermann a.a.O. S. 108; RGRKomm. zu § 910 BGB Bem. 1; Meisner, Nachbarrecht 3. Aufl. 1923, S. 136, ferner Planck und Staudinger zu § 1004 BGB. Note 1. — Dennoch ist nicht einzusehen, warum nicht auch dem Nießbraucher das Beseitigungsrecht zustehen soll.

[62]) OLG 2, 141; 26, 72.

[63]) Vgl. zu dem Ganzen: Biermann zu § 910 Erl. 2; Staudinger a.a.O. Erl. 3; RGRKomm. Erl. 1; Planck a.a.O. Erl. 1 und 2; Schocke a.a.O. S. 56; Schäfer S. 69; nur teilweise abweichender Ansicht vgl. Planck a.a.O. Nr. 2.

[64]) Mit Recht werden daher von Heyer in seinem grundlegenden Aufsatz über die Selbsthilfe diese Fälle nicht erwähnt. Bedenklich Planck zu § 962 Erl. 1, wenn er von besonderen Selbsthilfebefugnissen spricht, die hier dem Eigentümer gewährt werden. Auch den Motiven zum BGB III, 373 schwebte eine derartige Vorstellung vor. Aus den im Text gegebenen Gründen kann aber von Selbsthilfe nur in sehr bedingtem Maße gesprochen werden.

Völlig abwegig erscheint es aber, wenn zwei weitere im Bürgerlichen Gesetzbuch behandelte Tatbestände mehrfach als Selbsthilfefälle besonderer Art erwähnt werden, da sie m. E. ganz anders zu erklären sind. Es ist dies einmal das im § 538 Abs. 2 BGB dem Mieter eingeräumte Recht, wegen eines Mangels der Mietsache der im § 537 bezeichneten Art anstelle des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung bei Verzug des Vermieters den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Hier wird von Schmitt[65]) ausdrücklich von einem weiteren Fall von Selbsthilfe gesprochen, der „längst als solcher erkannt sei“[66]). Dieser Auffassung muß widersprochen werden, denn dieses Mangelbeseitigungsrecht des Mieters weist überhaupt keine innere rechtliche Verbindung mit der eigentlichen Selbsthilfe nach § 229 BGB auf, es hat mit einem privaten Vollstreckungsrecht, insbesondere zur Vorbereitung öffentlicher Zwangsvollstreckung, nichts mehr gemein. Schmitt irrt, wenn er die diesem Recht zugrunde liegende Tendenz darin erblickt, daß der Mieter hier im eigenen Interesse ohne Gerichtshilfe in fremdes Eigentum eingreifen darf. Richtig ist vielmehr, daß hier der Gedanke der Interessenwahrung des Vermieters bezw. der Gefahrengesichtspunkt im Rahmen des Mietschuldverhältnisses im Vordergrund steht, demzufolge der Mieter für befugt erklärt wird, die Mängel der Mietsache auf Gefahr des Vermieters mit Rücksicht auf die gesetzlich anerkannte Notlage als Sachwalter des Vermieters zu beseitigen. Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nicht vor, da das BGB den Mieter ja gerade zur Durchführung der Mängelbeseitigung kraft eigenen Rechts ermächtigt[67]). Das Reichsgericht hat in einer bedeutsamen Entscheidung Bd. 100 S. 43 ff. zum Ausdruck gebracht, daß in der Nichtausübung dieses Rechts des Vermieters unter Umständen ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB erblickt werden kann. Dieser Gesichtspunkt weist uns den richtigen Weg: Das Selbstbeseitigungsrecht des Mieters ist eine unmittelbare aus dem Mietverhältnis selbst entspringende rein schuldrechtlich zu beurteilende Befugnis[68]). Das Schuldverhältnis begründet nach der heutigen Rechtsauffassung unter den Parteien ein Vertrauensverhältnis, das auf dem Gedanken der Parteigemeinsamkeit beruht[69]). Danach haben heute die Vertragsparteien, und zwar jede unter Wahrung ihrer Interessen, als Vertragsgenossen zusammenzuarbeiten. Die gesamten Rechtsbeziehungen der Parteien unterstehen dem Grundsatz von Treu und Glauben, nicht nur im Interesse der Anständigkeit, sondern auch im Interesse der Erhaltung volkswirtschaftlich

---

[65]) a.a.O. S. 18.

[66]) Zutreffend Endemann, Lehrbuch I § 168 Anm. 17.

[67]) Richtig Staudinger § 538 Bem. 3 b im Gegensatz zu früheren Auflagen. Irrig Kühn S. 75.

[68]) RG BayZ. 1912, 460.

[69]) Stoll, Vertrag und Unrecht, 2. Halbbd. 1936, S. 125.

wichtiger Werte. Jeder Vertragspartner hat alles zu tun, was nach den Gesetzen der Vernunft und Wirtschaftlichkeit zur Abwehr von Gefahren und zur Minderung von Schäden erforderlich ist[70]) So aufgefaßt erscheint das Mangelbeseitigungsrecht des Mieters als besonders schuldrechtliche Befugnis zum Eingriff in eine fremde Rechtssphäre nicht nur im eigenen, sondern auch im wohlverstandenen Interesse des Gegners selbst. Daß die oben erwähnte Reichsgerichtsentscheidung allein mit dieser Auffassung verträglich ist, folgt daraus, daß man andernfalls die unterlassene Ausübung eines Selbsthilferechts als „Mitverschulden" im Sinne des § 254 BGB auffassen müßte. Das ist aber untragbar, da ein Selbsthilferecht im Sinne des Gesetzes eben nur eine Rechtsbefugnis, niemals aber eine Last bedeuten kann[71]).

Der zweite m. E. irrig als Selbsthilfe bezeichnete Fall ist das neuerdings von Kreß[72]) angeführte Recht der Aufrechnung einschließlich der Zurückbehaltungsrechte[73]), die sich ebenfalls als Selbsthilfebefugnisse darstellen sollen. Kreß erblickt die rechtliche Bedeutung der Aufrechnung darin, daß der Aufrechnende die Macht hat, seine Forderung ohne behördliches Eingreifen durchzusetzen. Dieser könne sich durch Aufhebung seiner Schuld, nämlich der Gegenforderung, eigenmächtig Befriedigung verschaffen[74]). Beim Zurückbehaltungsrecht erschöpfe sich die Machtstellung des Berechtigten nicht in der Einredeberechtigung, er könne vielmehr durch die Verweigerung der ihm obliegenden Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung seinen Anspruch durchsetzen, den Schuldner zur Erfüllung anhalten. „Bei dem Rechte der Aufrechnung, wie der Zurückbehaltung ist es die Gegenforderung (des Schuldners), welche dem Zwangseingriff unterliege."[75]) Diese Auffassung kann aber nicht gebilligt werden[76]). Es mag noch angehen, die Aufrechnung als einen Selbsthilfeakt im untechnischen Sinne zu bezeichnen, wie dies Siber[77]) tut. Von einer Selbsthilfe im technischen Sinne, wie sie sich uns im § 229 BGB darstellt, kann schon deshalb keine Rede sein, weil ihr Wesen in der eigenmächtigen Gestaltung einer privaten Zwangsvollstreckung als Vorstadium staat-

---

[70]) Ueber die Instandhaltungspflicht unter dem Gesichtspunkt der Zweckwidmung des Miethauses nach nationalsozialistischem Rechtsdenken s. jetzt: Roquette, Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete; Schriftenreihe der JurWoch. 1936 Nr. 6 S. 24 und S. 42 ff.

[71]) Nach Staudinger soll es sich im § 538 — s. Bem. 3 b — um eine „Art von Selbsthilfe" handeln. Es empfiehlt sich, diese Formulierung zu vermeiden. In der neuesten 10. Auflage 1936 Bd. I, Vorbem. vor § 226 Nr. 2. S. 1035 erwähnt Staudinger diesen Fall nicht mehr.

[72]) Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 538.

[73]) s. oben S. 28 Anm. 67.

[74]) Kreß a.a.O. S. 552 ff.

[75]) Kreß a.a.O. S. 539, s. auch das dort Anm. 5 und 6 angegebene Schrifttum.

[76]) Anderer Ansicht Schmitt a.a.O. S. 20 ohne jede Begründung.

[77]) In Plancks Kommentar II 1 Vorbem. zu § 387 b S. 522.

licher Zwangsvollstreckung zu erblicken ist, wovon bei der Aufrechnung nicht gesprochen werden kann. Es trifft auch nicht zu, daß die rechtliche Bedeutung der Aufrechnung in der Machtbefugnis des Gläubigers zu erblicken ist, seinen Anspruch durchzusetzen, „sich durch Aufhebung seiner Schuld Befriedigung zu verschaffen".[78]) Der wesentliche und entscheidende, jedenfalls primäre, Gesichtspunkt ist bei der Aufrechnung vielmehr der, daß sich gerade der Schuldner durch Aufopferung einer ihm als Gläubiger zustehenden Forderung von einer bestehenden Schuld befreien darf[79]). Es liegt also allenfalls ein Selbsthilfeakt des Schuldners im Sinne einer Zwangsbefriedigung des Gläubigers vor, eine Erscheinung, die mit der eigentlichen Selbsthilfe eine lediglich gefühlsmäßig ganz lose Verbindung aufweist. Die herrschende Lehre hat daher recht, wenn sie der seit jeher vertretenen Auffassung folgt und die Aufrechnung mit der Leistung an Erfüllungsstatt in Parallele stellt. Nach ihrem inneren Grunde und nach ihrer systematischen Stellung im Gesetz ist die Aufrechnung nichts anderes als ein Schuldtilgungsgeschäft eigener Art[80]). Es kann daher auch nicht der Ansicht Hecks[81]) beigepflichtet werden, wenn er meint, die Streitfrage nach dem Rechtsgrunde der Aufrechnung, ob Eigenbefriedigung oder Schuldnerakt vorliege, sei nichts anderes als ein Formulierungsproblem. Die Eigenart der Aufrechnung sei darin zu sehen, daß sie zugleich die Interessen des Erklärenden und die seines Gegners befriedigt. „Sie ist zweifellos eine Eigenbefriedigung und zugleich eine Leistung, sie ist zugleich Gläubigerakt und Schuldnerakt."[82]) Daraus zieht Heck die Folgerung, daß der motivierende Endzweck des Erklärenden nicht allgemein entschieden werden könne. Dies ist aber, was Heck übersieht, nicht entscheidend. Der Fehler seiner Auffassung liegt darin, daß er in allen dogmatischen Grundfragen stets zu stark auf die Interessenlage der Parteien abstellt[83]). Der Fehler Hecks liegt in dem Worte „zugleich"; er hätte sagen müssen: „entweder" — „oder" . . . — Die Aufrechnung kann auch zur Befriedigung des Gläubigers dienen (vergl. § 770 II BGB). Meistens wird sie allerdings als Erfüllungssurrogat benutzt, und als solches ist sie auch im System des Bürgerlichen Gesetzbuches behandelt.

Für die Frage nach dem Rechtsgrunde der Aufrechnung ist

[78]) Steinbeißer S. 6.

[79]) Richtig Steinbeißer S. 6.

[80]) Vgl. hierzu Lang, Das Aufrechnungsrecht 1906 S. 68; Oertmann zu § 378 Vorb. 4; Siber a.a.O. S. 523; ferner Stoll a.a.O. S. 222 V (Verfügungsgeschäft); Enneccerus-Lehmann a.a.O. II § 69 S. 228 (Schuldnerakt).

[81]) Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 61, Z. 9, S. 188.

[82]) Heck a.a.O.

[83]) Ausführungen über Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz a.a.O. Anhang § 1 bis 4, S. 471 ff., und Einleitung § 1—4, S. 1—16. Vgl. hierzu jetzt: Eckardt, Recht oder Pflicht? in „Deutsche Rechtswissenschaft", 1936, I. Bd., 1. Heft, S. 7 ff.; Eichler, Wandlungen im System des Privatrechts in „Deutsche Rechtswissenschaft", I. Bd., 3. Heft, S. 265.

m. E. der Interessengesichtspunkt der Parteien, der motivierende Endzweck des Erklärenden nicht entscheidend. Maßgebend ist allein der in der Rechtseinrichtung der Aufrechnung klar zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wille. Danach ist aber in der Aufrechnung kein Akt der Selbstbefriedigung[84]), am allerwenigsten ein solcher der bürgerlichrechtlichen Selbsthilfe im eigentlichen Sinne zu erblicken, vielmehr handelt es sich grundsätzlich[85]) immer nur um eine besondere Art der Erfüllung, ein Erfüllungssurrogat. Auch von einem bloßen Formulierungsproblem kann daher keine Rede sein. Zutreffend würdigt dies Endemann, wenn er[86]) darauf hinweist, daß bei der Aufrechnung bloß die Rechtslage „durch Ausübung eines gegebenen Rechts umgestaltet werden soll. Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt greifen erheblich in die Rechtsverhältnisse des Gegners ein; sie sind gleichwohl keine Selbsthilfeakte, weil sie sich nicht gegen den Frieden der äußeren Rechtsgüter, insbesondere der Besitzverhältnisse richten".[87])

Gleiches gilt aber auch von den erwähnten Zurückbehaltungsrechten. Kreß verkennt das Wesen der Einrede des Zurückbehaltungsrechts, wenn er meint, daß durch die Verweigerung der dem Berechtigten obliegenden Leistung dieser seinen Anspruch durchsetzen, den Schuldner zur Erfüllung „anhalten" kann. Auch hier wieder betrachtet Kreß den Vorgang der Retention wie den der Aufrechnung von einem ganz anderen Gesichtspunkt, als dies offenbar vom Gesetz beabsichtigt war. In der Zurückbehaltung der Leistung liegt primär nicht eine Anspruchsdurchsetzung des Schuldners als Gläubiger, — allerhöchstens indirekt ein Anhalten des Gegners zur Erfüllung —, vielmehr eine Leistungsverweigerung, ein Zurückhalten der Leistung, ein Recht, in gegenwärtiger Rechtslage verharren zu dürfen. Auch hierin ist lediglich eine durch die Lagerung des Schuldverhältnisses besonders gestaltete funktionelle Rechtsausübung zu erblicken.

Von einer Selbsthilfe im Sinne privater Zwangsvollstreckung nach dem Vorbilde des § 229 BGB kann nach dem Gesagten keine Rede sein. Es ist aber Aufgabe der Wissenschaft, gerade in der Ausgestaltung der Begriffe mit größter Sorgfalt vorzugehen; es dürfte sich daher empfehlen, in Zukunft die angeführten Fälle aus dem Bereich der Selbsthilfe auszuschalten.

Anhangsweise soll noch darauf hingewiesen werden, daß in den Art. 69, 89 und 130 EG. BGB einige aus dem Mittelalter stammende echte Selbsthilfefälle landesrechtlicher Regelung vorbehalten sind. Während Art. 69 die Jagd und Fischerei[88]) betrifft, handelt

[84]) Enneccerus-Lehmann spricht — II § 69 S. 228 — von einem außergerichtlichen „Selbsthilfezugriff".

[85]) Ausnahmefall: § 770 II BGB.

[86]) Lehrbuch, Bd. 1 § 85 b.

[87]) Endemann a.a.O. Anm. 2 S. 446.

[88]) Vgl. hierzu Preuß. ALR II 16 §§ 64—67: Der Jagdberechtigte hat das Recht, ungekoppelte, auf seinem Jagdrevier herumlaufende Hunde und

Art. 130 von dem Recht der Aneignung von fremden im Freien betroffenen Tauben[89]). Wichtiger ist Art. 89, der noch heute ein besonderes landesrechtliches Selbsthilferecht herausstellt, und zwar im Gegensatz zu den anderen landesrechtlich aufrechterhaltenen Fällen mit Zwangsvollstreckungscharakter. Es ist dies das bereits S. 11 erwähnte Privatpfändungsrecht in der Form der Viehpfändung (Schüttung)[90]). Schon die Weistümer behandelten dieses Institut, das in dem mittelalterlichen ländlichen Wirtschaftsleben zu den verbreitetsten Rechtseinrichtungen nicht nur Deutschlands gehörte. Später wird die Viehschüttung in den Rechtsbüchern erwähnt[91]); sie verlor unter dem Einfluß des Gemeinen Rechts ihre weitreichende Bedeutung und ist jetzt im § 73 des Preußischen Feld- und Forstpolizeigesetzes vom 21. 1. 1926 — im Kern rein erhalten — positiv anerkannt. Wird Vieh auf einem Grundstück[92]) weiderechtswidrig betroffen, so kann es, auf der Stelle oder unmittelbar verfolgt, nicht nur von Feld- und Forsthütern, sondern auch von Geschädigten und von solchen Personen gepfändet werden, die die Aufsicht über das Grundstück führen oder zur Familie usw. des Geschädigten gehören. Die gepfändeten Tiere haften gemäß § 74 des gleichen Gesetzes für den entstandenen Schaden oder für die Ersatzgelder sowie für Kosten. Sie sind freizugeben, wenn beim zuständigen Gemeinde- oder Gutsvorstand ein entsprechender Geldbetrag oder Pfandgegenstand hinterlegt wird. Die Kosten setzt der Gemeindevorstand fest. Gemäß § 76 hat der Pfändende von der Pfändung binnen 24 Stunden beim Gemeindevorstand Anzeige zu erstatten, der weiter über die vorläufige Verwahrung der gepfändeten Tiere zu befinden hat. Ist die Anzeige unterblieben, so können die Pfandstücke herausverlangt werden. Der Pfändende verliert dann seinen Ersatzanspruch[93]). Die genaue gesetzliche Regelung zeigt, welche weitreichende Bedeutung diese Jahrhunderte alte Einrichtung im ländlichen Leben Deutschlands

---

Katzen zu töten. Vgl. das Verbot des Rechts der Jagdfolge im Preuß. Gesetz vom 31. 10. 1848 und Dernburg, Sachenrecht 4. Aufl. 1904, S. 340 ff. — Vgl. jetzt über das Recht der Wildfolge § 31 des Reichsjagdgesetzes vom 3. 7. 1934.

[89]) Noch die Preuß. Feldpolizeiordnung vom 1. Nov. 1847 regelte das Recht der Wegnahme im Freien betroffener Tauben im § 40 i. V. m. § 111 des Preuß. ALR; vgl. hierzu Planck, Komm. zu § 960 Bem. 5. Gemäß § 79 Pr. PolVerwGes. vom 1. 7. 1931 besteht diese Vorschrift neben dem Feld- und Forstpolizeigesetz vom 21. 1. 1926 weiter fort.

[90]) Vgl. hierzu Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Leipzig 1930, S. 473.

[91]) Vgl. hierzu die eindeutigen deutschen Rechtssprichwörter „Gänse bezahlen mit dem Kopf". „Die Ente hat ihr Recht auf dem Buckel". Kein Pfändungsrecht galt für männliche Zuchttiere: „Der Hengst ist frei wie die Farre". Winkler, Deutsches Recht im Spiegel deutscher Sprichwörter, 1927, S. 68. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, 1915, S. 110, 1a.

[92]) Diese Vorschrift ist nicht auf Feld- oder Waldgrundstücke beschränkt. Vgl. Achilles-Greiff, Komm. 1937 zu Art. 89 EG BGB Nr. 2.

[93]) Weitere Einzelheiten insbes. über das Verfahren s. §§ 78—84 Pr. Feld-Forst. Pol.Ges. v. 21. 1. 1926.

noch heute hat[94]). Subsidiär kommen die Vorschriften der §§ 228 ff. BGB auch hier zur Anwendung und zwar für die Festnahme von Personen, und bei irriger Vornahme einer Privatpfändung, da hier ausschließlich die reichsrechtlichen Vorschriften gelten[95]). Die früher streitige Frage, ob die landesrechtliche Viehpfändung nur die Sicherung oder auch die Verwirklichung der Ansprüche des Betroffenen bezweckt, d. h. ob ein Geldanspruch oder der Anspruch auf eine bestimmte Sache in Frage steht, dürfte jetzt gemäß der erstgenannten Auffassung zu entscheiden sein. Denn wie sich aus § 74 des Preuß. Gesetzes von 1926 ergibt, geht der Anspruch des Berechtigten auf Schadensersatz. Die Sachlage ist daher anders als bei dem dem Vermieter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eingeräumten Sperrecht zur Sicherung seines Anspruchs gegen den Mieter auf Belassung der eingebrachten Sachen auf dem gemieteten Grundstück.

Daß auch das Reichsrecht einige besondere Selbsthilfetatbestände kennt, sei noch ergänzend bemerkt[96]).

II. VORAUSSETZUNGEN UND MITTEL DER SELBSTHILFE.

A. VORAUSSETZUNGEN DER SELBSTHILFE.

Drei Voraussetzungen sind es, die vorliegen müssen, damit Selbsthilfe gemäß § 229 BGB geübt werden darf: Es muß sich einmal um die Verwirklichung eines Anspruchs handeln. Ferner darf obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen sein. Schließlich muß die Gefahr bestehen, daß ohne sofortiges Eingreifen die Anspruchsverwirklichung vereitelt oder wesentlich erschwert wird.

1. Wesen und Natur des zu verwirklichenden Anspruchs.

Was zunächst das Wesen und die Rechtsnatur des Anspruchs betrifft, der durch die Selbsthilfemaßnahmen verwirklicht werden soll, so treten hier im wesentlichen keinerlei Schwierigkeiten auf. Der Anspruchsbegriff des § 229 BGB ist der des § 194 Abs. 1 BGB, so daß Beherrschungsrechte und Gestaltungsrechte ausscheiden[97]).

---

[94]) Ueber die eigenartigen Zusammenhänge dieses Rechts mit altdeutschen Rachevorstellungen s. Hübner a.a.O. S. 473; vgl. auch Bayer. Landrecht II 6 § 24,7; SächsBGB. v. 1865 §§ 488—494.

[95]) Ueber die Unzulässigkeit von Pfändung von Posten usw. s. § 18 des PostGes. v. 28. 10. 71.

[96]) Vgl. hierzu z. B. §§ 90, 91 der Seemannsordnung von 2. 7. 1902, wonach der Kapitän unter besonderen Voraussetzungen bis zur Abreise des Schiffs Sachen gewaltsam zurückbehalten kann. Hier dient das Selbsthilferecht der Sicherung eines Anspruchs auf Dienstleistung.

[97]) Vgl. hierzu Staudinger zu § 194 BGB Bem. 2—4; ferner Planck-Strohal a.a.O. S. 574 b; Soergel Bd. I, 1937 zu § 229 S. 392. 2 a.

Das Selbsthilferecht selbst ist kein Anspruch im Sinne des BGB[98]). Unerheblich ist der Rechtsgrund, auf dem der Anspruch beruht, mag er ein absolutes oder relatives Recht darstellen, mag er aus dinglichen oder persönlichen Rechtsverhältnissen fließen. Das ihn erzeugende subjektive Recht kann auf Vertrag, Gesetz, erlaubtem oder unerlaubtem Tun beruhen, denn grundsätzlich bestehen hier keinerlei Schranken. Selbstschutzfähig sind daher auch Personenrechte nach § 12 BGB, wie z. B. das Namensrecht, wenn sich dieses Persönlichkeitsrecht[99]) auch als ein Gemisch von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Normen darstellt[100]). Ferner gehören hierher der Handelsname gemäß § 37 HGB, sowie die schlagwortartigen Bestandteile einer Firmenbezeichnung[101]), die nach der heutigen Praxis grundsätzlich dem Firmennamen gleich behandelt werden.

In gleichem Sinne sind die Ansprüche auf Schutz der Warenbezeichnungen (insbes. § 14 WZG), ferner die sich aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ergebenden Ansprüche (insbes. § 16 des Ges.) und die Ansprüche aus Urheberrechten zu behandeln[102]). Auch in Ansehung des Zieles, auf das der Anspruch gerichtet ist, bestehen keinerlei Besonderheiten. Der Anspruch kann als vermögensrechtlicher auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung vertretbarer Sachen, er kann aber auch auf Uebereignung oder Herausgabe einer Individualsache gerichtet sein. Früher fragte man, ob die Selbsthilfe auch zum Schutze solcher Rechtsgüter gestattet sei, „auf die man kein subjektives Recht habe, die aber sonst, wie z. B. durch § 823 II BGB gegen Antastungen geschützt" seien[103]).

Nach dem heutigen Rechtsdenken[104]) kann kein Zweifel sein, daß diese Frage bejaht werden muß, soweit im Falle einer Verletzung ein Schadensersatzanspruch entsteht. § 229 BGB sichert, — von seiner Gestaltungswirkung ganz abgesehen, — die Anspruchsverwirklichung schlechthin[105]). Wichtig ist, daß der Anspruch klagbar und vollstreckungsfähig ist, während Fälligkeit, Unbedingtheit, Unbetagtheit nicht gefordert werden. Das ist unbestritten[106]). Daraus folgt, daß keine Selbsthilfe zulässig ist, wenn der bedingte

---

[98]) Staudinger a.a.O. S. 1053 Bem. 3. Es ist aber ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 I BGB; Richtig: Krienitz S. 11; Sohm, Der Gegenstand, Lpzg. 1905, S. 82, 83; s. ferner unten S. 48. —

[99]) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I 1895 § 81.

[100]) Staudinger a.a.O. zu § 12 I Bem. 1.

[101]) Vgl. hierzu Staudinger a.a.O. S. 138 Nr. 54.

[102]) Heyer S. 73, 74.

[103]) Oertmann a.a.O. Komm. S. 804 b.

[104]) s. oben S. 17 Anm. 11.

[105]) Ebenso Oertmann a.a.O, jedenfalls im Ergebnis! Er lehnt aber mit der bisher allgemein vertretenen Lehre ein „subjektives Recht auf Rechtsgüterschutz" ab. Vgl. noch Enneccerus-Lehmann, II § 227 S. 721 nebst Anmerkungen daselbst.

[106]) vgl. hierzu § 916 Abs. 2 ZPO.

Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat[107]). Da eine Zwangsvollstreckung in Ansehung eines Anspruchs auf Herstellung des ehelichen Lebens oder auf Leistung aus einem Dienstvertrage gemäß § 888 II ZPO unzulässig ist, kann in der Erwägung, daß die Selbsthilfe, wie des öfteren betont worden ist, stets nur ein Ersatz der Staatshilfe ist, eine solche in diesen Fällen nicht in Betracht kommen. Das zivilprozessuale Verbot präjudiziert hier als Rechtsdurchsetzungsverbot den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches[108]). Daß unklagbare Ansprüche ungeeignet sind zur privaten Zwangsvollstreckung, folgt daraus, daß, wer vom Gegner nichts verlangen und gegebenenfalls mit staatlicher Hilfe durchsetzen kann, umso weniger eigenmächtig vorgehen darf. Die Rechtslage ist daher bei den sogenannten Naturobligationen nicht anders zu beurteilen als bei den oben behandelten vollstreckungsunfähigen Ansprüchen. In diesem Zusammenhange muß auch der rechtskräftig abgewiesene Anspruch erwähnt werden. Heyer[109]) ist der Meinung, daß es gleichgültig sei, ob für den Anspruch bereits ein rechtskräftiges Urteil erstritten sei oder nicht. Dem kann aber nicht beigepflichtet werden, denn es würde dem Wesen der materiellen Rechtskraft widersprechen, wenn da, wo der Staat bereits mit bindender Kraft, wenn auch mit Wirkung inter partes, eine endgültige Sachentscheidung getroffen hat, individuelle Selbstvollstreckung zur Verwirklichung eines Rechts führen würde, das der Staat dem Rechtsträger abgesprochen hat[110]). Der gegenteiligen Ansicht Heyers[111]) kann daher nicht gefolgt werden, wonach Selbsthilfe dann zulässig sein soll, wenn der Gläubiger „mit einigem Grunde annehmen darf, daß er mittels der Wiederaufnahme des Verfahrens ein ihm günstiges Urteil erstreiten könne". Diese Erwartung des Gläubigers ist rechtlich nicht faßbar, ihre Berücksichtigung ist mit dem Wesen der Rechtskraft unverträglich. Die Ansicht Heyers ist daher abzulehnen.

Gleiches hat auch von der Ungeeignetheit des Anspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO) zu gelten, der im Sinne unserer Prozeßordnung nicht als vollstreckungsfähiger Anspruch behandelt werden kann. Man denke z. B. an den Anspruch auf Auflassung. Wenn der herzustellende Erfolg mit der Rechtskraft des Urteils unmittelbar herstellbar ist, wie dies im Falle des § 894 ZPO der Fall ist und wie wir dies auch bei rechtsgestaltenden Urteilen vorfinden, kann von einer eigentlichen Zwangsvollstreckung im Sinne eines realen Zwangszugriffs keine Rede mehr

[107]) Titze, Notstandsrechte S. 122; Oertmann, I S. 970 II 1 a; Heyer a.a.O. S. 59.

[108]) Endemann, I zu § 285 b Ziffer 2; Enneccerus, Bd. I § 223 II 1; Planck-Strohal a.a.O. zu § 229 S. 574, 2 b.

[109]) a.a.O. S. 52.

[110]) Ebenso Staudinger zu § 229, 3 a.

[111]) S. 59 ff.

sein, da die erstrebte Folge automatisch eintritt und nicht noch realisiert werden kann[112]). Was aber nicht direkt im Prozeßwege erzwungen werden kann, kann auch nicht im Wege direkter Selbsthilfe erzwungen werden. Eine Ausnahme kann allenfalls da anerkannt werden, wo neben dem Anspruch auf Abgabe der Willenserklärung noch ein Anspruch auf Herausgabe einer Sache, z. B. einer Urkunde, gegeben ist. Ist der Hypothekenzedent verpflichtet, dem Zessionar die Briefhypothekenforderung abzutreten, so darf der Gläubiger die Verwirklichung des Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefes gegenüber dem Schuldner allerdings im Wege der Selbsthilfe sichern und sich durch nachfolgende einstweilige Verfügung sanktionieren lassen[113]).

In derselben Richtung bewegt sich die im Schrifttum streitige Frage, ob die Selbsthilfe unzulässig ist, wenn der zu verwirklichende Anspruch einredebehaftet ist. Kein Zweifel dürfte dann entstehen, wenn der einredeberechtigte Schuldner von der ihm zustehenden Befugnis, der Geltendmachung des Rechts zu widersprechen[114]) oder die Leistung zu verweigern[115]), keinen Gebrauch macht. Denn aus dem Wesen der Einrede folgt, daß, solange sie nicht vom Rechtsträger geltend gemacht ist, ihr schon mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines Einredeverzichts Beachtung nicht zu schenken ist. Hat aber der Einredeberechtigte von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, so wollen Planck[116]), v. Thur[117]) und Warneyer[118]) die Zulässigkeit der Selbsthilfe ablehnen, da die Durchsetzbarkeit des Anspruches in diesem Falle, — die Begründetheit des Einrederechts vorausgesetzt —, ausgeschlossen erscheint. Anderer Auffassung ist für die Einrede aus § 273 und § 320 Oertmann[119]). Er meint, daß diese Einrede gar nicht die Erfüllung des einredebehafteten Anspruchs auszuschließen berufen sei. Er beruft sich auf Heyer (S. 59), der diese Frage aber nicht näher behandelt. Diese Einrede soll, so meint Oertmann, gewissermaßen nur hemmend wirken, es soll ein Druck auf den Gegner ausgeübt werden, also sei die Sicherung der Anspruchsverwirklichung möglich, die Selbsthilfe am Platze. Im übrigen folgt Oertmann der herrschenden Meinung. Man wird seiner Auffassung folgen dürfen: Die Tatsache der Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts kann nicht entscheiden über die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Selbsthilfe. Maßgebend allein vermag nur der Inhalt des in concreto gewährten

---

[112]) Hellwig-Oertmann, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Teil II. 1919 § 298 a. α.

[113]) Vgl. hierzu Heyer a.a.O. S. 58.

[114]) z. B. § 1160 BGB.

[115]) z. B. § 222 BGB.

[116]) a.a.O. S. 574, 2.

[117]) a.a.O. S. 591.

[118]) a.a.O. § 229 Anm. 9.

[119]) Oertmann zu § 229 II 1 a.

Einrederechts zu sein. Erscheint daher der einredebehaftete Anspruch noch als erfüllbar, wie dies in den §§ 273 und 320 BGB der Fall ist, so ist nicht einzusehen, warum nicht trotz des rechtsändernden Charakters dieser Einrede eine Anspruchsverwirklichung im Wege der Selbsthilfe zu Gunsten des Berechtigten soll gesichert werden können.

Der Anspruch, den es zu verwirklichen gilt, muß wirklich bestehen, ein sogenannter Putativanspruch reicht nicht aus[120]).

Nicht unzweifelhaft ist, ob das durch Selbsthilfe zu sichernde Recht ein eigenes Recht des Handelnden sein muß. Grammatisch scheint das Wort „Selbsthilfe" für eine Identität von Rechtsträger und Selbsthilfeübenden zu sprechen, denn den Gegensatz zur Selbsthilfe bildet die Fremdhilfe. Dogmatisch könnte man aber den Gegensatz zur Selbsthilfe nicht so sehr in einer Fremdhilfe als vielmehr in der Staatshilfe erblicken, und auf Grund einer rein äußerlichen Betrachtung wäre dann von diesem Standpunkt aus gegen die Zulässigkeit einer Fremdhilfe nichts einzuwenden. Im Schrifttum sind daher wegen der hier angedeuteten verschiedenartigen Möglichkeiten alle Ansichten vertreten. Mit Rücksicht auf die ganz unpersönliche Fassung des Gesetzes halten Titze[121]) und Biermann[122]) jede Beschränkung der Selbsthilfe auf eine bestimmte Person für unzulässig. Im Gegensatz hierzu erachten eine Reihe anderer Schriftsteller eine etwas engere Auslegung für notwendig, da von Selbsthilfe nur dann gesprochen werden könne, wenn nicht ein anderer, sondern ausschließlich der Träger des geschützten Rechtsgutes selbst eingreife[123]). Wenn ein Anspruch des Y durch Eingreifen des X gewahrt werde, so habe Y, so meinen diese Autoren, sich ebensowenig, ja noch weniger „selbst" geholfen, als wenn er die Staatshilfe angerufen hätte. Nur insofern soll nach der Auffassung dieser Schriftsteller eine Erweiterung zulässig sein, als auf diese Fälle der Selbsthilfe seitens dritter Personen die Vorschriften betreffend die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung finden sollen. Schließlich verwerfen eine Selbsthilfe für Dritte schlechtweg diejenigen, die den Begriff in seiner ureigensten Bedeutung, also als Selbsthilfe im Gegensatz zur Fremdhilfe, aufgefaßt sehen wollen[124]). Mit besonderer Sorgfalt hat sich Oertmann[125]) dieser Frage gewidmet. Es sei, so meint er, der Auffassung der zur ersten Gruppe gehörenden Autoren zu-

[120]) Siméon-David, Lehrbuch d. Bürg.R. (Recht und Rechtsgang), 1928, Bd. I 1 § 36 Anm. 3.

[121]) a.a.O. S. 21.

[122]) § 91 Anm. 10.

[123]) Planck a.a.O. S. 576, Anm. 5; Enneccerus § 223 Anm. 11; Rehbein S. 344; Cosack I S. 317 Anm. 3 d; Staudinger § 229, 3 a; RGRK zu § 229 Bem. 5; Heins S. 85/86; s. auch Mot. I S. 356 II. Hilfskräfte zwecks Durchführung der Selbsthilfe werden allgemein für zulässig erklärt.

[124]) Es sind dies Heyer S. 109 ff.; Cosack § 125 II 3 d; Warneyer Anm. 17 u. a. m.

[125]) a.a.O. S. 803 c.

zugeben, daß das Wort „Selbsthilfe" gar nicht entscheide. Es könne als Gegensatz zur Staatshilfe gedeutet werden, dennoch spreche für die engere Meinung das Fehlen jeglichen Hinweises auf Selbsthilfemaßnahmen im Interesse Dritter. Der Umstand, daß eine Selbsthilfe im Interesse Dritter gerade in den §§ 227, 228 BGB besonders erwähnt werde, obwohl dies bei Abwehrakten eigentlich gar nicht notwendig gewesen wäre, spreche eine deutliche Sprache. Es sei auch mißlich, Dritten das Eindringen in fremde Angelegenheiten da zu gestatten, „wo der Interessent vielleicht aus guten Gründen nicht selbst die Wahrung seiner Interessen eigenmächtig in die Hand nimmt". Ebenso mißlich sei auch die Heranziehung der Geschäftsführungsregeln, die ja nur für das Innenverhältnis Bedeutung hätten. Oertmann lehnt demnach eine allgemeine Selbsthilferechtsausübung durch Dritte ab, will allerdings Bestellung von Vertretern ebenso wie Zuziehung bloßer Hilfskräfte zulassen.

M. E. ist der für das heutige Rechtsdenken allein maßgebende Gesichtspunkt hier bisher nicht erfaßt worden. Keines Wortes bedarf es darüber, daß der vom BGB seinerzeit gewählte Ausdruck „Selbsthilfe" nicht ausreicht, um heute ein befriedigendes Ergebnis in dieser streitigen Frage zu zeitigen. Eine Problemlösung ist nur möglich, wenn man auf dem Boden neuen Rechtsdenkens dem Wesen der Selbsthilfe nachspürt und sich, wie dies bereits angedeutet worden ist, darüber klar ist, daß, wie jede Rechtsdurchsetzung, so auch die eigenmächtige Rechtsverfolgung seitens eines Volksgenossen im Wege der Selbsthilfe heute nur als Ausdruck jenes Gemeinschaftsgeistes betrachtet werden kann, der die rechtspolitischen Leitgedanken der Neuzeit und unsere Auffassung über den Sozialgehalt unserer Rechtsordnung kennzeichnet. Ohne in diesem Zusammenhang auf Einzelheiten der hier maßgeblichen rechtspolitischen und weltanschaulichen Grundlagen einzugehen[126]), mag genügen, darauf hinzuweisen, daß nicht nur unser Schuldrecht, sondern darüber hinaus das gesamte Privatrecht nicht mehr ausschließlich Sicherung und Schutz individualer Lebensinteressen zum Inhalt hat, daß vielmehr jede Rechtsverwirklichung im höheren Sinne auch Schutz der Gemeinschaft bedeutet, die mehr noch als der Einzelne ein rechtlich anerkanntes Interesse an einer geordneten Abwicklung individueller Rechtsbeziehungen hat. Uebt heute also ein Glied der Gemeinschaft eine ihm zustehende Befugnis aus, so dient er damit gleichzeitig dem Gemeinschaftsgedanken, da Erfolg und Wert des Gesamtschaffens der Nation ja auf der besonderen Leistung ihrer einzelnen Glieder beruhen, während sich die Einzelpersönlichkeit andererseits stets dem Gemeinschaftszweck unterordnen muß. Fallen aber Gläubigerinteresse und Gemeinschaftszweck zusammen und fordert unter dem

[126]) s. unten S. 62 ff.

Gesichtspunkt des Gemeinwohls das Gesetz im Einzelfalle nicht ausdrücklich eine Rechtsausübung in eigener Person, so muß mit Rücksicht auf das wohlverstandene Gemeinschaftsinteresse die Folgerung gezogen werden, daß selbst ein unbeteiligter Dritter da, wo es dem Ganzen dient, zur Wahrung der Interessen eines Gemeinschaftsgliedes einspringen darf und statt seiner seine Rechte auszuüben befugt ist. Dient er doch damit der Erhaltung volkswirtschaftlicher Werte und der Idee der Rechtsgemeinschaft. Unter diesem Blickpunkt muß man der, wenn auch von ganz anderen Blickpunkten aus, schon früher vertretenen Lehre Titzes und Biermanns folgen und eine Selbsthilfe auch dritter Personen für zulässig erachten, da die Volksgemeinschaft auch an der provisorischen privaten Zwangsvollstreckung ebenso wie an der staatlichen Zwangsvollstreckung Interesse nimmt. Eine zessionsähnliche Uebertragung (§ 413 BGB) des Selbsthilferechts auf Dritte ist natürlich ausgeschlossen, da dies dem Wesen des Selbsthilferechts als eines persönlichen Gestaltungsrechts zuwiderlaufen würde. Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die entgegengesetzte Ansicht Heyers und anderer Schriftsteller[127]), wonach Selbsthilfe durch Dritte unzulässig sei, weil ja auch der Gerichtsvollzieher nicht dritte Privatpersonen zu seiner Unterstützung heranziehen darf, als abwegig. Heyer übersieht, daß der Gerichtsvollzieher stets Organ und Beamter ist, aus diesem Grunde also bei Zwangsvollstreckungsakten eine Vertretung durch dritte Privatpersonen ausgeschlossen ist. Von der Gliedschaftsstellung des einzelnen Volksgenossen nach neuem Rechtsdenken hat er noch keinerlei Vorstellung.

Was sodann die Person des Selbsthilfegegners betrifft, so ist zu beachten, daß nur der Verpflichtete selbst der von der Selbsthilfe Betroffene ist: Er ist Gestaltungsgegner. Ob sich die Selbsthilfe auch nur auf ihm gehörende Sachen erstrecken darf, ist zweifelhaft, denn unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen auch fremde Sachen im Wege staatlicher Hilfe in Anspruch genommen werden können, müßte dies auch bei Ausübung der Selbsthilfe zulässig sein. Es wird daher gelegentlich die Meinung vertreten, daß es dem Verpflichteten gegenüber nicht rechtswidrig sein könne, wenn der Berechtigte dann im Wege der Selbsthilfe fremde Sachen wegnähme, wenn gemäß § 808 ZPO auch die Pfändung einer dem Schuldner zwar nicht gehörigen, aber in seinem Gewahrsam befindlichen Sache zulässig und rechtswirksam sei[128]). Nur wenn der Berechtigte Kenntnis von der Fremdheit der Sache habe, sei der Eingriff unzulässig: dürfe er doch nur aus dem Vermögen des Schuldners seine Befriedigung suchen! Sonst müsse die Selbstvollstreckung aber zulässig sein, da andernfalls das Selbsthilferecht praktisch vereitelt würde, wollte man dem Handelnden

[127]) Heyer a.a.O. S. 66; Kühn, Vermögensnotwehr etc. S. 26, 27.

[128]) RGRKomm. I 1934. zu § 929 S. 354 Nr. 2.

grundsätzlich erst die Prüfung zumuten, ob die in Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache diesem auch gehöre.

Auf dem Boden dieser Anschauung soll daher ein Gläubiger berechtigt sein, dem im fremden Kraftwagen seine Flucht bewerkstelligenden Schuldner, falls sich kein anderes Mittel bietet, das Fahrzeug wegzunehmen, sofern er es nur als seinem Schuldner gehörig ansehe[129]). Gerechtfertigt wird diese Auffassung mit der Begründung, daß das Selbsthilferecht auch nur im Verhältnis vom Berechtigten zum Verpflichteten bestehe und daher auch die Frage, ob seine Ausübung gerechtfertigt sei oder nicht, wesentlich gerade aus eben diesem Verhältnis geprüft werden müsse. Unberührt blieben davon die Ansprüche des Eigentümers aus § 985, die Möglichkeit der Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen aus §§ 812 ff. bezw. von Schadensersatzansprüchen, sofern der Berechtigte Kenntnis vom fremden Eigentumsrecht gehabt oder infolge Fahrlässigkeit davon keine Kenntnis gewonnen habe[130]). Mit der herrschenden Lehre[131]) ist aber dieser Auffassung entgegenzutreten. Die Wegnahme fremder Sachen, ihre Beschädigung oder Zerstörung ist unzulässiger Eingriff in fremdes Eigentum und ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des § 904 BGB zu beurteilen. Diese Vorschrift enthält die „sedes materiae". Gegenüber § 904 BGB bildet die Vorschrift des § 229 keineswegs eine Ausnahme. Dies hätte im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen. Mit einem Hinweis auf eine bloße Unzumutbarkeit einer Ueberprüfung der Sachlage im Einzelfalle kann hier nicht argumentiert werden. Die Selbsthilfe soll ja nur äußerstenfalls ein Mittel privater Zwangsvollstreckung darstellen. Die Eingriffsvorschriften des Gesetzes sind daher einschränkend auszulegen.

Ich gelange daher zu dem Ergebnis, daß nur die dem Verpflichteten gehörigen Sachen weggenommen, beschädigt oder zerstört werden dürfen[132]).

Daß die Selbsthilfe gegen jedes Privatrechtssubjekt geübt werden kann, ist selbstverständlich, d. h. natürliche und juristische Personen stehen sich gleich. Gleiches gilt von Gemeinschaften zu gesamter Hand (offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften). Die Ausübung des Selbsthilferechts aktiv wie passiv, liegt bei allen zur Wahrung ihrer Rechte berufenen Organen und Stellen. Die Selbsthilfevorschriften finden auch zu Gunsten von Staat und Gemeinde, Körperschaften des öffentlichen Rechts, Stiftungen, sowie allen sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts Anwendung. Voraussetzung ist aber, daß diese als Privatwirtschaftssubjekte auftreten und Rechtsbeziehungen in Frage stehen, die auf dem Boden des Privatrechts erwachsen sind

---

[129]) Vgl. Mot. I S. 355 BGB.
[130]) RGRKomm. a.a.O. § 357, 2.
[131]) Planck a.a.O. 3 a; Staudinger zu § 229 Bem. 5 a — u. a. m.
[132]) Richtig Staudinger a.a.O. Bem. 5 a; Schmitt S. 23.

und in den Formen des Privatrechts zur Abwicklung gelangen. Es kann daher gar nicht fraglich sein, daß überall da, wo der Staat, ein politisches Gemeinwesen, wo Körperschaften des öffentlichen Rechts usw. als Träger hoheitlicher Rechte, als Inhaber des Imperiums und nicht als Fiskus auftreten, irgendeine Rechtsverwirklichung in Form der Selbsthilfe ausgeschlossen ist. Dabei spricht eine Vermutung grundsätzlich für den öffentlichrechtlichen Charakter einer den Staat oder die Gemeinden betreffenden Rechtsbeziehung, während Privatrecht nur dann Anwendung findet, wenn der Fiskalcharakter des Rechtsverhältnisses klar zu Tage tritt[133]). Ueberflüssig zu sagen, daß nach unserem heutigen Rechtsdenken von einer Anspruchsverwirklichung gegenüber dem Staat keine Rede mehr sein kann[134]). Die Frage liegt ähnlich wie bei dem früher vielfach erörterten Problem der Notwehr gegenüber Akten der Obrigkeit[135]).

2. Nicht rechtzeitige Erlangung obrigkeitlicher Hilfe.

Die zweite vom Gesetz geforderte Voraussetzung ist, daß obrigkeitlicher Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Unter obrigkeitlicher Hilfe ist jede Unterstützung zu verstehen, die von einem Staatsorgan im Rahmen seiner Zuständigkeit zum Zweck des Schutzes oder der Erhaltung privater Rechte ausgeübt wird. Es kommen hier Gerichte, Verwaltungsbehörden, insbesondere Polizeibeamte ebenso in Frage wie Staatsbehörden, deren Aufgabenkreise in der Wahrung besonderer Funktionen bestehen[136]). Können sofort nach Eintritt des die Anspruchsgefährdung hervorrufenden Zustandes Arrest oder einstweilige Verfügung erwirkt werden, so entfällt § 229 BGB[137]). Gerade in dieser Beziehung ist daran zu erinnern, daß nach der Auffassung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts[138]) die Polizeibehörden berufen sind, für den Fall, daß die zuständige Justizbehörde nicht rechtzeitig einzugreifen vermag, bei Vorliegen eines polizeilichen Notstandes auch im Interesse der gefährdeten Einzelpersonen einzugreifen und die nötigen Maßnahmen zu treffen. Diese Auffassung wird hier insofern bedeutsam, als das gefährdete Rechtssubjekt sich nicht mit

---

[133]) Irrig Schmitt a.a.O. S. 23/24.

[134]) Vgl. aus dem reichhaltigen Schrifttum statt vieler: Scheuner, Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft in: Franck: Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, § 5 S. 82 ff.

[135]) Vgl. hierzu aus früherer Zeit RGSt 22, 300; 25, 151.

[136]) z. B. auf dem Gebiete des Forst-, Jagd- und Fischereirechts, der Devisenbewirtschaftung, des Zoll- und Steuerwesens, der Preisüberwachung, des Arbeitsschutzes u. dergl. m. Vgl. Meißner-Kaisenberg, Staats- u. Verwaltungsrecht im Dritten Reich, 1935, §§ 19—28.

[137]) Staudinger a.a.O. 3 b.

[138]) OVG 75, 339. Vgl. Drews, Preußisches Polizeirecht 1931. Bd. I. Allg. Teil S. 30.

dem vergeblichen Angehen der zuständigen Gerichte begnügen darf, vielmehr genötigt ist, die vielfach schneller und vor allem zu jeder Tages- und Nachtzeit erreichbaren Polizeibehörden um Unterstützung zu ersuchen, da sonst der hier behandelten zweiten Voraussetzung des § 229 BGB nicht genügt ist[139]). Dieses Gebot der Anrufung obrigkeitlicher Hilfe darf aber nur bis zur Grenze des Zumutbaren aufgestellt werden. Im einzelnen wird es Tatfrage sein zu entscheiden, welches der äußerste Zeitpunkt ist, in dem eingegriffen werden muß, um diejenige Gefahr abzuwenden, zu deren Abwehr Selbsthilfe zulässig ist. Das wird nicht streng objektiv, sondern unter Würdigung der besonderen Lage des Falles vom Standpunkt des Selbsthilfeberechtigten aus beurteilt werden müssen. Daß § 229 BGB nicht zur Anwendung kommt, wenn völliger Gerichtsstillstand aus tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen eingetreten ist, sondern auch sonst in den oben bezeichneten Fällen des normalen Lebens, bedarf keiner besonderen Betonung. Die gewöhnliche obrigkeitliche Hilfe wird durch Erhebung der Klage bei den Justiz- oder Verwaltungsgerichten, durch Antrag auf provisorische Sicherung, durch Arrest oder einstweilige Verfügung nicht nur bei den Gerichten, sondern auch bei den Verwaltungs, bezw. insbesondere auch Steuer- und Zollbehörden oder durch Einlegung von Rechtsmitteln (Beschwerde, Einspruch usw.) angerufen. Liegt ein vollstreckbarer Titel vor, so ist der Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht das zuständige obrigkeitliche Hilfsorgan.

Schwierigkeiten entstehen in Ansehung dieser Voraussetzung dann, wenn die obrigkeitliche Hilfe verweigert wird. Besteht in einem solchen Fall ein Recht auf Selbsthilfe, weil nach dem Wortlaut des § 229 in concreto Obrigkeitshilfe eben tatsächlich nicht rechtzeitig zu erlangen ist? Hier wird im Schrifttum unterschieden, ob die zuständige Behörde das von ihr geforderte Tätigwerden mit Recht oder in unzulässiger Weise verweigert. Im ersteren Falle wird allgemein[140]) das Bestehen eines Selbsthilferechts abgelehnt. Soll doch die Selbsthilfe nichts anderes als provisorische Staatshilfe sein, muß also ausfallen, wenn diese zutreffend unterbleibt. Demgegenüber wird aber auch die Auffassung vertreten[141]), daß dieser Voraussetzung des § 229 BGB wenigstens dann genügt sei, wenn der Grund der Verweigerung der Selbsthilfe nur in der Art der Antragstellung bei der Behörde lag und zur Verbesserung keine hinreichende Zeit vorhanden war. Letztere Ansicht verdient Beifall, da rein formale Gründe, die die Behörde zur Ablehnung

---

[139]) Ueber polizeiliche Zuständigkeit insbesondere bei Selbsthilfe im Recht der Miete und Gastwirte s. Weimar in Deutsches PolizeiArchiv. 14. Jhg. 1935. Heft 5 S. 126 ff.

[140]) Staudinger a.a.O. Bem. 2 b S. 1053; RGSt. Entsch. v. 3. 5. 1900; Heyer S. 61.

[141]) RGRKomm. zu § 229 Bem. 4; Planck-Knoke a.a.O. Bem. 2 a S. 574.

im Einzelfall bestimmten, nicht Anlaß sein dürfen, das Selbsthilferecht zu Fall zu bringen. Wird obrigkeitliche Hilfe dagegen ungerechtfertigterweise verweigert und kann die entgegengesetzte Entscheidung der übergeordneten Instanz nicht rechtzeitig erlangt werden, so besteht Einigkeit im Schrifttum darüber, daß § 229 BGB durchgreift[142]). Im übrigen ist es unerheblich, ob das zuständige Staatsorgan aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen Mithilfe verweigert oder unterläßt. Das tatsächliche Nichtfunktionieren der erreichbaren oder etwa wegen räumlicher Entfernung nicht oder zu spät erreichbaren Behörden ist stets genügender Grund, um Selbsthilfe zu üben.

3. Gefahr der Vereitelung oder Erschwerung der Anspruchsverwirklichung.

Endlich wird gefordert, daß die Gefahr besteht, daß ohne sofortiges Eingreifen die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Im Gemeinen Recht verlangt man, daß der drohende Verlust ein unwiderbringlicher sei; es mußte mehr oder minder im einzelnen Falle feststehen, daß das Nichteingreifen des Berechtigten infolge des Versagens der Obrigkeit den endgültigen Verlust des gültig bestehenden Anspruchs nach sich zog[143]). Das Bürgerliche Gesetzbuch geht nicht so weit. Es genügt die Vereitelung oder wesentliche Erschwerung des Anspruchs, womit die Möglichkeit seiner Durchsetzung in Zukunft keineswegs ausgeschlossen zu sein braucht. Auch hier ist es Tatfrage, ob im Einzelfalle diese Gefahr besteht oder nicht. Werden beim Schuldner Wechsel protestiert, erleidet er einen geschäftlichen Zusammenbruch, steht die baldige Eröffnung des Konkurses in Aussicht oder dergl. m., so kann vom Vorliegen einer derartigen Gefahr keine Rede sein[144]). Trifft er hingegen Anstalten zur Flucht ins Ausland, so liegt eine Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung vor. Gleichgültig ist, worin die Gefahr besteht, sofern sie nur objektiv gegeben und vom Selbsthilfeberechtigten als vorhanden angenommen werden darf. Entscheidender Zeitpunkt für das Entstehen der Gefahr ist der der Vornahme der Selbsthilfehandlung. In diesem Augenblick kann auch dann vorgegangen werden, wenn für den Berechtigten an sich die Möglichkeit bestände, wegen des Vorgehens des Flüchtigen Schadensersatz zu verlangen. Schon die Motive I. 355 zum BGB weisen mit Recht darauf hin, daß Schadensersatz und Erfüllung nicht gleiche Werte darstellen[145]). Ebenso gleichgültig ist es, ob der dem Gläubiger

[142]) Vgl. schon RGSt. 3, 146, sowie Kommentare und Lehrbücher.

[143]) Zum Gemeinen Recht vgl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. I § 123.

[144]) Endemann, I § 85 b Anm. 9; Titze S. 124; Heyer S. 66; s. auch RGSt. 3, 416.

[145]) Ebenso Staudinger a.a.O. unter C. S. 1053; Planck-Knoke a.a.O. Bem. 2 b; Titze S. 125, der aber mit Recht auf § 226 hinweist; a. A.: Hölder zu § 229 Bem. 4.

drohende Verlust dem durch die Selbsthilfe hervorgerufenen Schaden gleichbedeutend ist; denn das Gesetz fordert keinerlei Proportionalität. Wie bereits erwähnt, genügt es, daß die Verwirklichung des Anspruchs wesentlich erschwert wird; auch hier muß es Tatfrage bleiben, ob im Einzelfalle eine gewöhnliche durchschnittliche Erschwerung gegeben ist, mit der jedermann rechnen muß, oder ob es sich um eine außergewöhnliche wesentliche Erschwerung handelt, bei deren Vorliegen allein das Selbsthilferecht geübt werden darf. Nicht, was der Berechtigte als gegeben annimmt, entscheidet, sondern Sache der richterlichen Prüfung ist es, objektiv festzustellen, ob die Anspruchsverwirklichung wirklich wesentlich erschwert ist. Daher ist die Verzögerung, die im Leben schließlich mit jedem Prozeß verbunden ist, noch keine wesentliche Erschwerung im Sinne des Gesetzes[146]). Das gilt auch bei Ansprüchen auf sofortige Leistung, da andernfalls der schon öfters erwähnte Grundsatz von der einschränkenden Auslegung des Selbsthilferechts verletzt würde. Dagegen dürfte eine wesentliche Erschwerung stets dann gegeben sein, wenn ohne sofortiges Eingreifen das entscheidende Beweismittel für den Nachweis des Bestehens des Anspruches verloren gehen würde oder wenn wegen der dadurch eingetretenen Verlagerung der wirtschaftlichen Verhältnisse besondere Schwierigkeiten für den Berechtigten entstehen würden. Fraglich kann sein, welche Bedeutung dem Verschulden eines der Beteiligten in diesem Zusammenhange zukommt. Dadurch allein, daß der Berechtigte die Gefahr verschuldet, indem er etwa einem Unbekannten leichtsinnig kreditiert, wird die Selbsthilfe, richtiger Ansicht nach, nicht ausgeschaltet[147]). Denn der im § 254 BGB zum Ausdruck kommende Gedanke des mitwirkenden Verschuldens ist hier nicht am Platze. Es widerspricht nicht der Billigkeit im Falle einer selbst vorsätzlichen Anspruchsgefährdung, dem Gläubiger das Selbsthilferecht zuzusprechen[148]); denn es kann nicht bestritten werden, daß der objektive Fall einer Selbsthilfe, wie er im § 229 BGB festgelegt ist, eben vorliegt. Dann aber ist eine provisorische private Zwangsvollstreckung stets geboten. Umgekehrt wird nicht gefordert, daß die Gefahr gerade von dem Verpflichteten schuldhaft herbeigeführt ist; wurde doch bereits oben festgestellt, daß es gleichgültig ist, worin die Gefahr im Einzelfalle besteht, sie kann also auch auf einem Zufall beruhen. Treu und Glauben müssen natürlich auch hier gelten, das Eingreifen muß im Sinne vernünftiger Lebensauffassung notwendig sein. Das ist z. B. nicht der Fall, wenn „der Gläubiger die Verjährungszeit bis zum vorletzten Augenblick verstreichen läßt, um nun mit Gebrüll beim Schuldner einzudringen und zuzufassen“[149]).

[146]) So schon RG in DJZ 1906, 263.

[147]) Oertmann a.a.O. Erl. zu § 2, 3, C; Cosack, § 78 I 3 C; Endemann a.a.O. Bem. 2; Planck-Knoke a.a.O. 2 C.

[148]) a. A.: Schmitt S. 27.

[149]) Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1926 S. 328.

Endlich ist darauf hinzuweisen, daß die gesetzliche Vorschrift ein sofortiges Eingreifen für notwendig erachtet, um der Gefährdung vorzubeugen. Die Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung des Anspruchs muß bestehen, wenn nicht sofort eingegriffen wird. Damit verlangt der Gesetzgeber eine solche Lage des Falles, die erwarten läßt, daß der sofortige Eingriff des Berechtigten Erfolg verspricht, sei es, daß die Gefahr ganz beseitigt, sei es, daß sie in beträchtlicher Weise herabgemindert wird. Zwecks Befriedigung persönlichen Rachebedürfnisses darf die Selbsthilfe nicht geübt, das Selbsthilferecht nicht mißbraucht werden. Mit Recht sagt Oertmann[150]), daß, wenn ein mir als gänzlich vermögenslos bekannter Kutscher meinen Hund überfahren hat, ich ihn trotz Fluchtverdachts nicht festnehmen darf, da ja sowieso keine Aussicht besteht, von ihm Ersatz zu verlangen; die Gefahr der Vereitelung bestehe daher nicht nur ohne sofortiges Eingreifen, sondern auch im Falle eines solchen Eingreifens.

Abschließend ist zu diesem Abschnitt zu sagen, daß es ausschließlich Sache des Gesetzgebers war, die Selbsthilfevoraussetzung zu regeln. Daraus folgt, daß eine vertragsmäßige Einräumung des Selbsthilferechts, wie wir sie bei den sogenannten Pfändungsklauseln finden, unzulässig ist. Derartige Vertragsbestimmungen sind nichtig. Gegen eine Umdeutung derartiger Abreden dahin, daß dem Gläubiger gegen den Schuldner ein Anspruch auf Duldung der entsprechenden Maßnahmen eingeräumt werde, ist allerdings nichts einzuwenden. Zutreffend weist Knoke[151]) darauf hin, daß dieser Anspruch bei Weigerung des Schuldners nur im Wege der Klage bezw. Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann, sofern nicht etwa die Voraussetzungen des § 229 BGB vorliegen[152]).

B. DIE MITTEL DER SELBSTHILFE.

Nur bestimmte Mittel sind es, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch als erlaubte Selbsthilfemittel zugelassen sind. Richtunggebend war hier für den Gesetzgeber die Ueberlegung, daß, wenn die Selbsthilfe sich rechtspolitisch als private provisorische Selbstvollstreckung darstellen soll, auch nur solche Maßnahmen zugelassen werden dürften, die von den in der staatlichen Zwangsvollstreckung berufenen Organen ergriffen werden können. Da typisches Vollstreckungsorgan wie einst auch heute noch der Gerichtsvollzieher ist, ist daher der oberste hier geltende Grundsatz:

---

150) a.a.O. S. 805.

151) Planck, Komm. a.a.O. S. 575 D.

152) Titze S. 124 ff.; ebenso Enneccerus § 223 Anm. 8; Oertmann a.a.O. I C γ; Heyer S. 61 ff.; v. Tuhr a.a.O. S. 592 unter besonderem Hinweis auf § 854, 2 BGB.

Nur solche Mittel, die auch der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan zur Anwendung bringen darf, sind in §§ 229 ff. BGB am Platze. Wäre es doch widersinnig und mit dem Wesen rechtsstaatlicher Ordnung unvereinbar, dem Volksgenossen eine größere Machtsphäre einzuräumen als dem Staat. Das deckt sich auch mit der oben mehrfach vertretenen Auffassung, daß eine Auslegung zweifelhafter Gesetzesbestimmungen im Rahmen unserer Erörterungen stets einschränkender Natur sein muß. In diesem Sinne weist dann auch die Denkschrift zum BGB (a.a.O. S. 37) mit Recht darauf hin, daß das Gesetz auf dem Boden dieses Grundsatzes die wichtigsten Selbsthilfemittel ausdrücklich bezeichnete[153]). Ueberließ aber das Gesetz einmal dem gefährdeten Rechtsträger die Entscheidung darüber, die zulässigen Mittel der Selbsthilfe im Einzelfalle auszuwählen und zur Anwendung zu bringen, so war es selbstverständlich, daß ihm in Ansehung der Art und Weise der Anwendung aller dieser Mittel durch § 230 Abs. 1 BGB eine wichtige Schranke gezogen werden mußte. Die Selbsthilfe darf niemals weiter gehen als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist; andernfalls stellt sich das Vorgehen als widerrechtlicher Eingriff in fremde Rechtssphäre dar. Die Aufzählung der Mittel hat exemplifikativen Charakter; im übrigen ist die Wahl der jeweilig zu ergreifenden Maßnahmen dem Gläubiger freigestellt[154]).

1. Allgemeine Grundsätze über die Mittel der Selbsthilfe.

Eine kurze Uebersicht der zu ergreifenden Maßnahmen ergibt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch drei Arten von Selbsthilfemitteln anerkennt. Einmal die Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung von Sachen, sodann die Festnahme des Verpflichteten, sofern derselbe fluchtverdächtig ist, und schließlich gewaltsamen Bruch eines Widerstandes, der dem Berechtigten bei Vornahme der Selbsthilfehandlungen entgegengesetzt wird. Schon bei dem ersten der hier erwähnten Mittel zeigt sich das Wesen der Selbsthilfe als provisorische Zwangsvollstreckung insofern, als nach § 230 BGB im Falle der Wegnahme einer Sache die Pflicht besteht, den dinglichen Arrest zu beantragen, oder aber, wenn dieser abgelehnt wird, die weggenommene Sache zurückzugeben. Natürlich bleibt es dem Gläubiger unbenommen, die Zwangsvollstreckung zu betreiben; tut er es aber nicht und unterläßt er die Arrestierung der Sache, so ist Selbsthilfe unzulässig.

[153]) Vgl. hierzu auch RGRKomm. a.a.O. Bem. 2; Wilffenodt S. 2; Heyer S. 62.

[154]) Er kann sich also auch des neusten Verkehrsmittels, des Luftfahrzeugs, in den durch das öffentliche Luftfahrtrecht gezogenen Grenzen, zur Durchführung der Selbsthilfemaßnahmen bedienen. Vgl. hierzu über die Neugestaltung der Luftfahrtlandung: Schleicher, in Verkehrsrechtl. Abhdlgn. u. Entsch. Bd. 1. 1936 Heft 1 S. 22; Römer in Arch. f. Luftrecht Bd. 7 1937 Heft 2/3 S. 196 ff.

Entsprechend den oben gegebenen grundlegenden Ausführungen wird damit die private Selbsthilfeaktion unter diejenigen Prozeßvorschriften gestellt, die den dinglichen Arrest behandeln. Private Selbsthilfe und staatliche Zwangsvollstreckung werden so normativ miteinander verquickt. Daraus folgt, daß die Wegnahme einer Sache im Wege der Selbsthilfe zur Sicherung eines Anspruchs, der nicht auf die Sache selbst geht und auch nicht in eine Geldforderung übergehen kann, unzulässig ist, denn § 916 ZPO schreibt ausdrücklich vor, daß der Arrest nur zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines solchen Anspruchs möglich ist, der in eine Geldforderung übergehen kann. Durch diese Herübernahme vollstreckungsrechtlicher Vorschriften aus der Zivilprozeßordnung in das Bürgerliche Gesetzbuch wird die Durchführung der Selbsthilfe erst zutreffend gekennzeichnet. Daher kann auch Gewalt vom Gläubiger oder sonstwie Berechtigten nur in denjenigen Grenzen angewandt werden, die dem Gerichtsvollzieher nach § 758 ZPO gezogen sind. Zu weit aber geht Heyer[155]), wenn er den Gläubiger für berechtigt erklärt, Türen eines solchen Hauses zu erbrechen, das dem Schuldner nicht gehört[156]).

Weiterhin folgt aus dem Gesagten, daß nach § 811 ZPO unpfändbare Sachen zwar nicht weggenommen, dagegen sehr wohl zerstört oder beschädigt werden können — wie § 229 BGB ausdrücklich bestimmt—; denn diesbezüglich bestehen keinerlei Vollstreckungsbeschränkungen. Allerdings muß die Zerstörung oder Beschädigung geeignet sein, einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Anspruchsverwirklichung vorzubeugen, worauf bereits oben hingewiesen worden war, es sei denn, daß der Anspruch auf diese Sache selbst gerichtet ist[157]). Zu den weggenommenen Sachen gehören auch Urkunden, Hypothekenbriefe, Wertpapiere, Wechsel, Schecks und Geld[158]). Wegnahme fremder Sachen ist unzulässig, da bereits oben S. 40 der Nachweis geführt wurde, daß § 904 BGB den § 229 BGB ausschließt. Die entgegengesetzte Ansicht Heyers[159]) betreffs Zulässigkeit der Zerstörung und Beschädigung fremder Sachen geht aber fehl. Gleiches gilt von der Lehre, daß wenigstens gutgläubige Fortnahme fremder Sachen aus dem Gewahrsam des Selbsthilfegegners deshalb zulässig sei, weil auch gemäß § 808 ZPO die Pfändung fremder, aber im Gewahrsam des Schuldners befindlicher Sachen gestattet sei[160]). Diese Lehre übersieht, daß der Pfändungsakt nach Zivilprozeßrecht Schuldnergewahrsam voraussetzt, daß damit aber nicht zugleich gesagt wird, die Pfändung jeder im Gewahrsam des Schuldners be-

---

[155]) a.a.O. S. 67.
[156]) Vgl. hierzu Titze a.a.O. S. 126 Anm. 23.
[157]) RGSt. 33, 248; Endemann, I 1 S. 448.
[158]) Staudinger a.a.O. Bem. 5 A.
[159]) a.a.O. S. 69.
[160]) RGRKomm. a.a.O. Bem. 2.

findlichen Sache sei vollstreckungsmäßig zulässig und wirksam[161]).

Nimmt der Eigentümer eines Pferdes, das ihm gestohlen ist, dieses dem Dieb im Wege der Selbsthilfe weg, so erübrigen sich Arrest und einstweilige Verfügung; denn der Zweck der Selbsthilfe ist erreicht, wenn der der objektiven Rechtsordnung entsprechende Zustand durch den Selbsthilfeeingriff hergestellt ist[162]). Es mag dahingestellt bleiben, ob man das Recht der Selbsthilfe als subjektives Recht anerkennen will oder nicht[163]); wir haben es bejaht[164]). Dagegen entsteht durch die Vornahme der Selbsthilfehandlung als solche zweifellos kein subjektives Recht, insbesondere erlangt der Berechtigte durch die Sachwegnahme weder ein Retentionsrecht noch ein Pfandrecht an den weggenommenen Sachen, was sich zwingend aus § 230 BGB ergibt[165]), da ja nur die rechtlichen Voraussetzungen für den kommenden Arrest geschaffen werden sollen.

Voraussetzung für die Festnahme des Verpflichteten ist das Vorliegen eines Fluchtverdachtes. Im Gegensatz zum Entw. I zum BGB[166]), der ganz allgemein die Nötigung des Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verpflichtung für anwendbar erklärte, läßt das Gesetz nur die Festnahme, wie sie ja auch im Wege des Sicherheitsarrestes erfolgen darf, zu. § 230 BGB schreibt vor, daß gegen den Festgenommenen persönlicher Sicherheitsarrest zu beantragen und im Falle der Ablehnung die sofortige Freilassung vorzunehmen ist. Gemäß § 918 ZPO findet ein persönlicher Sicherheitsarrest aber nur statt, wenn er notwendig ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern. Gemäß den oben dargelegten Prinzipien darf demnach eine Festnahme nicht zu dem Zweck erfolgen, um den Schuldner zur Vornahme einer Handlung oder Unterlassung zu zwingen. Auch muß es sich um einen fluchtverdächtigen Schuldner handeln, wie das Gesetz ausdrücklich vorschreibt. Ein Schuldner, der seine Vermögensstücke verbirgt oder beiseite zu schaffen sucht, ist aber nicht fluchtverdächtig. Ebenso können auch nicht widerspenstige Gefolgschaftsmitglieder eines Betriebes mit Hilfe des § 229 BGB durch Festnahme zur Weiterarbeit gezwungen werden; ganz abgesehen davon, daß dies nach dem heute geltenden Arbeitsrecht schon aus sozialrechtlichen Gesichtspunkten abzulehnen wäre[167]). Das Selbsthilfemittel der Festnahme ist hier also unzulässig. Im übrigen ist fluchtverdächtig nicht nur derjenige, auf den die Vorschrift über

---

[161]) Darauf weist bes. Staudinger a.a.O. Bem. 5 A. S. 1054 hin.

[162]) Staudinger zu § 230 Bem. 2.

[163]) Dafür z. B. Titze S. 121; dagegen unter Hinweis auf „Notwehr" und „Notstandsrecht" (§§ 227/28) Oertmann a.a.O. S. 906; Planck a.a.O. Bem. 6.

[164]) s. bereits oben S. 19.

[165]) s. auch Motive I S. 356.

[166]) § 189 Abs. 1.

[167]) Dersch, Komm. zum AOG, 1934, Einl. S. 9—12, S. 15 und § 1 Nr. 6 und 7.

die vorläufige Festnahme gemäß § 127 RStPO Anwendung findet, sondern unter Berücksichtigung des § 918 ZPO auch der, der sich verdächtig macht, dem in Aussicht stehenden persönlichen Sicherheitsarrest entgehen zu wollen[168]). Der Fluchtverdacht setzt nicht voraus, daß der Festzunehmende bereits flieht, es genügt vielmehr eine nach objektiver Sachlage festzustellende Vermutung, daß sich der Verpflichtete der ihm obliegenden Leistung durch die Flucht entziehen werde. Eine fernerliegende bloße Möglichkeit des Entweichens reicht nicht aus. Entscheidend ist die konkrete Situation unter Berücksichtigung der durch die Erfahrung des Lebens gekennzeichnete Gefahrenlage[169]). Bei alledem ist zu beachten, daß niemals die Auffassung des Berechtigten oder Verpflichteten ausschlaggebend ist, ihre Kenntnis oder Unkenntnis vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein besonderer Umstände. Maßgebend ist allein der objektive Sachverhalt des Einzelfalles. Ist nun, so haben wir zu fragen, auch eine geringere Einschränkung der persönlichen Freiheit, als sie die Festnahme darstellt, zulässig? In Erwägung dessen, daß der Gesetzgeber die äußerste Grenze der Mittel vorgeschrieben, damit aber gleichzeitig schwächere Maßnahmen für zulässig erklärt hat, dürfte das mit Hilfe eines sogenannten Schlusses a fortiori zu bejahen sein. Es wird daher mit Recht angenommen, daß der fluchtverdächtige Verpflichtete festgehalten werden darf, um dem Gläubiger Gelegenheit zu geben, die mitgeführten Sachen zu durchsuchen bezw. wegzunehmen[170]). Denn wenn, wie oben gezeigt wurde, gewaltsame Wegnahme von Sachen zulässig, eine solche aber nicht ohne Freiheitsbeschränkung des Sachinhabers möglich ist, so folgt daraus, daß eine bloße Festhaltung erlaubt und den Beschränkungen der Festnahme nicht unterworfen ist. Man wird daher dem Betroffenen auch Kleider und Lebensmittel, Pässe und Fahrkarten gewaltsam wegnehmen dürfen. Auch wird man ein vorübergehendes Einschließen des Fluchtverdächtigen, zum mindesten, wenn es zum Zwecke der Festnahme erforderlich ist, für berechtigt anerkennen müssen[171]). Gemäß § 230 III BGB ist der Festgenommene unverzüglich dem Richter vorzuführen, andernfalls ist der Festgenommene sofort freizulassen.

Schließlich ist noch die Beseitigung des vom Verpflichteten geleisteten Widerstands gegen eine Handlung, die er zu dulden verpflichtet ist, kurz zu betrachten. Für diese Selbsthilfemaß-

---

[168]) Planck-Knoke zu § 229 a B S. 576.

[169]) Vgl. z. B. die von Oertmann a.a.O. S. 804 Nr. 2 gegebenen Beispiele: Ein Automobilist oder Radfahrer hat einen Passanten überfahren; läßt man ihn gewähren, könnte er leicht auf Nimmerwiedersehen verschwinden. Oder: Ein Hotelgast steht, ohne bezahlt zu haben, mit dem Gepäck bereits im Eingang des Gasthauses usw.

[170]) Körperverletzungen sind zu vermeiden. RGSt 69, 308; JW 35, 3385; Dt. Justiz 35, 1592. Im übrigen Soergel a.a.O. S. 393 Nr. 4.

[171]) Vgl. SeuffBl. 66, 95; Enneccerus I § 223 II 2 Anm. 10 S. 737.

nahme gibt die Vorschrift des § 892 ZPO die anzuwendende Richtlinie ab. Was danach dem zur Durchführung der Zwangsvollstreckung hinzuzuziehende Gerichtsvollzieher erlaubt ist, muß auch hier für rechtlich zulässig erscheinen. Der Gläubiger kann daher mit derjenigen Gewalt im Einzelfalle vorgehen, die erforderlich ist, um den jeweils geleisteten Widerstand zu brechen. Nach den heute herrschenden Kulturgrundsätzen ist natürlich Tötung oder schwere körperliche Verletzung ausgeschlossen[172]; denn wenn auch der Rechtsträger gewissermaßen als Treuhänder der Staatsgewalt die provisorischen Sicherheitsmaßnahmen anstelle des Staates zu treffen berechtigt ist, so handelt er doch immer in Wahrung individueller Interessen. Diesen darf aber das Leben eines Volksgenossen (man denke hierbei insbesondere auch an Wehrpflicht, Arbeitsdienstpflicht usw.) nicht geopfert werden. Wenn aber z. B. der Schuldner verpflichtet ist, auf seinem Grundstück einen Notweg zu gewähren und sich dem entgegenstemmt, so ist hier Anwendung körperlicher Gewalt am Platze. Diese Gewaltmaßnahmen können hier auch dem Schuldner nicht gehörige, aber in seinem Gewahrsam befindliche Sachen betreffen, denn hierbei erstrebt der Gläubiger nicht die Wegnahme dieser Sachen, sondern er muß ja nur auf sie einwirken, um den persönlichen Widerstand des Schuldners zu brechen[173]. Dagegen sind nicht Handlungen gestattet, deren Zweck es ist, die Widerspenstigkeit eines Schuldners in Richtung auf eine ihm obliegende Pflicht zum positiven Handeln zu brechen. Der Gläubiger kann daher die Wegnahme aus dem Gewahrsam des Schuldners im Rahmen dieses Selbsthilfefalles nicht gewaltsam vornehmen[174].

Für alle diese Selbsthilfehandlungen gilt der Satz, daß sie keiner Form bedürfen. Die formalen Vorschriften der Zwangsvollstreckung kennzeichnen das staatliche Eingreifen der Vollstreckungsorgane und sind im Rahmen der Selbsthilfe unanwendbar[175]. Selbsthilfe kann daher bei Tag und Nacht, an Sonn- und Feiertagen, ohne protokollarische Festlegung, ohne Hinzuziehung von Zeugen, zur Durchführung gelangen. Eine Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Schuldner trifft den Berechtigten nicht.

2. Die Selbsthilfe im besonderen.

Auf Grund der bereits oben erwähnten Verquickung der Prozeßvorschriften mit den über die einzelnen Selbsthilfeakte im BGB gegebenen Normen ist es nunmehr noch erforderlich zu untersuchen, inwieweit die besonderen für die einzelnen Vollstreckungsarten im 8. Buch der Zivilprozeßordnung gegebenen Vorschriften im Rahmen der Selbsthilfe Bedeutung gewinnen. Es

[172]) Irrig: Titze S. 127.
[173]) Staudinger a.a.O. zu § 229 Bem. 5 C.
[174]) Planck a.a.O. Bem. 3 A Abs. 2 S. 575.
[175]) Heyer S. 62.

empfiehlt sich daher, entsprechend der dort enthaltenen Gliederung des Vollstreckungsrechts vorzugehen[176]).

a) Bei Ansprüchen wegen Geldforderungen.

Geldforderungen im Sinne der Zwangsvollstreckung sind ebenso Forderungen auf Leistung von Geld wie die Fälle der Haftung für eine Geldleistung eines Duldungsschuldners im Sinne des § 739 ZPO oder einer Haftung des Anfechtungsgegners nach dem Anfechtungsgesetz (1879) oder der Konkursordnung[177]). Gemäß § 916 ZPO sind aber Geldforderungen auch solche Forderungen auf eine zunächst anders geartete Leistung, die später in eine Geldforderung übergehen können[178]). Der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung unterliegt grundsätzlich das gesamte Vermögen des Schuldners. Sie erfolgt in Fahrnis, d. h. in das bewegliche Vermögen durch Pfändung und Pfandverwertung[179]) mit der Maßgabe, daß durch die Pfändung für den Gläubiger ein Pfandrecht an der Pfandsache geschaffen wird (§ 804). Ueber den Streit, welcher Rechtsnatur dieses Pfandrecht sei und über die Bedeutung der Beschlagnahme ist hier nicht zu sprechen[180]). Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in Forderungs- und andere Vermögensrechte (§ 828 bis 863 ZPO) erfolgt durch Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß (§§ 829 ff., 835 ff.), die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen (§§ 864 ff. ZPO) vollzieht sich gemäß § 866 durch Eintragung einer Sicherungshypothek oder durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung gemäß dem Zwangsversteigerungsgesetz von 1897 (§ 869 ZPO). Entsprechend diesen öffentlichrechtlichen Vorbildern gestaltet sich, soweit dies überhaupt möglich ist, auch die Durchführung der Selbsthilfe bei Geldforderungen. Besteht demnach die Selbsthilfehandlung in der Wegnahme körperlicher Sachen, so bedeutet dies, daß entsprechend der Vorschrift des § 808 ZPO der Selbsthilfeberechtigte wie der Gerichtsvollzieher die im Gewahrsam des Selbsthilfegegners befindliche Sachen in Besitz nimmt[181]). Liegt das Eigentum eines Dritten an Sachen, die der Betroffene im Gewahrsam hat, klar auf der Hand, so wird, — nach jetzt allgemein anerkannter Auffassung des einschlägigen Schrifttums —, wie der Gerichtsvollzieher, so auch der Selbsthilfeberechtigte nicht mehr für befugt erachtet werden können, zu pfänden[182]). Daher hat die Selbsthilfemaßnahme zu unterbleiben. Der gute Glaube des Selbsthilfeberechtigten greift nicht durch. Während aber durch die

[176]) Vgl. hierzu ZPO §§ 803—882.
[177]) Baumbach, Komm. z. ZPO., 13. Aufl. 1937, S. 1021.
[178]) Heyer S. 69.
[179]) §§ 803, 808 ff.
[180]) Hellwig-Oertmann II § 314; Baumbach a.a.O. Einf. vor § 803 Nr. 3 S. 1024; Stein-Jonas zu § 804 I; Rosenberg § 196 II 2 b α.
[181]) Vgl. auch § 930 ZPO.
[182]) Vgl. hierzu RG in JW 95, 543.

Pfändung dem Gläubiger ein Pfandrecht an der Sache geschaffen wird (vgl. § 804 ZPO), kann das, wie ebenfalls bereits bemerkt wurde, bei der Selbsthilfe nicht in Frage kommen. Sofern nicht die Zwangsvollstreckung erwirkt wird, hat der Berechtigte ja den dinglichen Arrest zu beantragen, womit Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte unvereinbar sind. Der von dem Berechtigten innegehabte Besitz während der Zwischenzeit dürfte am besten wohl als Treuhandbesitz bezeichnet werden, da die Ueberführung der Sache aus dem Stadium provisorischer Zwangsvollstreckung die Rechtsstellung des Selbsthilfeberechtigten als fiduziarische erscheinen läßt[183]). Denn der Berechtigte handelt nicht nur im eigenen, sondern auch im Fremdinteresse, und da nur ein Sicherungszweck, wie wir wissen, in Frage steht, kann eine andere Rechtsfigur als die der Treuhand (fiducia) schwerlich in Frage kommen[184]). Beendet wird der Zustand, so weit die Besitzfrage zur Erörterung steht, durch den Erwerb des Pfandbesitzes in der Person des Selbsthilfeberechtigten, den er an den beweglichen Sachen bei ordnungsgemäß beantragten dinglichen Arrest durch den dann später erfolgten Arrest erlangt.[185]) Im übrigen darf der Berechtigte dem Schuldner nicht mehr Sachen wegnehmen, als zur Sicherung der Geldforderung notwendig ist. Das entspricht sowohl der Vorschrift des § 803 Abs. 1 Satz 2 ZPO, als auch der Vorschrift des § 230 Abs. 1 BGB, so daß die Selbsthilfe überhaupt zu unterbleiben hat, wenn der Gläubiger kraft eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts zur Deckung seiner Forderung ausreichende Sachen des Schuldners bereits im Besitz hat.

Die Selbsthilfe wegen Geldforderungen in Forderungen oder andere Vermögensrechte wird sich nur in den seltensten Fällen entsprechend der staatlichen Zwangsvollstreckung (§§ 828 ff.) gestalten können, denn hier richten sich die zu vollstreckenden Vermögensgegenstände gegen Drittpersonen als Schuldner des Selbsthilfeberechtigten. Die Selbsthilfe ist aber, wie oben gezeigt wurde, gerade durch ihren persönlichen Charakter nur gegen den Anspruchsgegner als solchen zulässig. Sie darf auch nicht indirekt über seine Person hinaus auf Dritte ausgedehnt werden. Insoweit ist daher festzustellen, daß zwar staatliche Zwangsvollstreckung in solchen Fällen möglich, die Selbsthilfe aber ausgeschlossen ist mit der alleinigen Einschränkung, daß, wo sich eine solche Forderung in einer Urkunde, insbesondere in einem Wertpapier verbrieft vorfindet, der Selbsthilfeberechtigte durch Wegnahme dieser Urkunde im Wege nachfolgenden Arrests allerdings indirekt auch den Forderungswert mit Wirkung gegen den Drittschuldner beanspruchen kann. Daß zum Zweck der Selbsthilfe auch ein Schiff, das im

---

[183]) Im Schrifttum ist die Frage bisher nicht behandelt worden.

[184]) Enneccerus-Nipperdey I § 139 II, insbes. Nr. 4.

[185]) § 930 ZPO, Baumbach a.a.O. Note 1.

Schiffsregister eingetragen ist, als bewegliche Sache weggenommen werden kann, folgt aus § 931 ZPO.

Wie im Fall der eben besprochenen Selbsthilfe wegen Geldforderungen entsprechend der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, gestaltet sich die Rechtslage auch bei der Selbsthilfe wegen Geldforderungen in das unbewegliche Vermögen. Ein Gegenstück zu der im Rahmen der staatlichen Zwangsvollstreckung in Betracht kommenden Sicherungshypothek. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung kommt für die Selbsthilfe nicht in Betracht. Diese drei Arten der Befriedigung eines titulierten Gläubigers zeichnen sich durch einen so besonderen Verfahrenscharakter aus, daß eine Analogie unmöglich erscheint. Nicht im Wege steht dagegen die Möglichkeit, durch körperliche Inbesitznahme einer Liegenschaft[186]) die Selbsthilfe auszuüben, denn da das Bürgerliche Gesetzbuch im § 229 BGB von Wegnahme einer Sache spricht, sind auch unbewegliche Sachen hierunter zu begreifen, so daß vollstreckungsrechtliche Bedenken hier ausscheiden[187]).

Liegt der besondere Fall des Fluchtverdachts des Verpflichteten und des Rechts zur Festnahme des Schuldners vor, so sind, da gemäß § 230 III BGB der persönliche Sicherheitsarrest unverzüglich herbeigeführt werden muß, die Unzulässigkeit der Haft gegen die im § 904 ZPO bezeichneten Personen und die Vorschrift über den Haftaufschub gemäß § 906 ZPO zu beachten. Die Selbsthilfemaßnahmen haben sich diesen Vorschriften anzupassen.

b) Bei Ansprüchen wegen Herausgabe von Sachen.

Erfolgt die Selbsthilfe zum Zweck der Sicherung oder Verwirklichung eines Anspruches auf Herausgabe von Sachen, so fragt es sich, inwieweit hier die zivilprozessualen Vorschriften sinngemäß zur Anwendung gelangen. Die Zivilprozeßordnung unterscheidet hier wieder die Erzwingung der Herausgabe oder Leistung beweglicher Sachen (§§ 883 ff. ZPO), insbesondere vertretbarer Sachen, sowie die unbeweglicher Sachen. Hier handelt es sich um Zwangsvollstreckung in individuelle Leistungen, soweit dieselben überhaupt erzwingbar sind; also darf auch der Selbsthilfeberechtigte nur die geschuldeten Individualgegenstände wegnehmen. Es wäre ja auch eine Pfändung anderer nicht geschuldeter Sachen durch den Gerichtsvollzieher unzulässig[188]), wobei es sich gar nicht um Sachen Dritter, wie dies bereits oben erwähnt wurde, zu handeln braucht, sondern um dem Schuldner gehörige, aber nicht dem Gläubiger herauszugebende Sachen handeln kann. In Ermangelung einer Geldforderung kommt hier ein Arrest nicht in Frage. Eine

[186]) Grundstücksberechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten und die gemäß § 864 I ZPO vollstreckungsrechtlich Grundstücken gleichstehen (Erbbaurecht, landesrechtl. Fischereigerechtigkeiten, das sog. Bergwerkseigentum usw.) scheiden natürlich aus.

[187]) Vgl. hierzu Heyer a.a.O. S. 70.

[188]) RGSt 16, 53.

einstweilige Verfügung aber ist gemäß § 935 nur in Ansehung eines Streitgegenstandes zulässig, scheidet hier also ebenfalls aus. Besonderheiten könnten sich daher im vorliegenden Falle nur ergeben, wenn die vom Schuldner dem Gläubiger herauszugebenden Sachen sich im Besitz eines Dritten befinden und wenn sich der Herausgabeanspruch, dessen Verwirklichung durch Selbsthilfe gesichert werden soll, infolge Untergangs der Sachen in eine Schadensersatzforderung umgewandelt hat. In ersterem Fall vermag der Gläubiger die Selbsthilfemaßnahmen gegen den Dritten nur zu richten, wenn ihm an der herauszugebenden Sache ein dingliches Recht zur Seite steht. Die Zulässigkeit des Eingriffs in die Rechtssphäre eines Dritten erscheint hier deshalb vielleicht bedenklich, weil von uns mehrfach die persönliche Natur des Selbsthilferechts im Hinblick auf den zu sichernden Anspruch des Gläubigers betont worden ist. Dieses Bedenken besteht aber nicht, wenn ein dingliches Recht des Gläubigers, ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch an der Sache gefährdet ist. Ihr Wesen zeigt sich in der absoluten, gegen jedermann gerichteten Rechtswirkung, und da § 229 BGB nur von einer Wegnahme einer Sache spricht, nicht aber vorschreibt: „Wer zum Zweck der Selbsthilfe eine Sache dem S c h u l d n e r wegnimmt usw.“, so darf gesagt werden, daß in vorliegendem Falle ausnahmsweise die Selbsthilfe auch gegen Dritte geübt werden darf[189]).

Was sodann die Umwandlung des Individualanspruchs in eine Schadensersatzforderung betrifft, so würden auch in diesem Fall, da es sich um eine Geldforderung handelt, die oben bereits erörterten allgemeinen Grundsätze über Selbsthilfe bei Geldforderungen zur Anwendung kommen, so daß Schwierigkeiten nicht bestehen. Schließlich ist hier noch an den nach Analogie des § 883 ZPO zu behandelnden Fall zu denken, daß der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes oder anderer selbständiger Personen selbsthilferechtlich gesichert werden soll. Es ist unstreitig, daß eine Zwangsvollstreckung auf Herausgabe eines Kindes usw. in den Fällen der §§ 1632, 1684, 1800, 1897, 1906 BGB gemäß den Vorschriften des § 883 ZPO erfolgen kann, sofern nur das Urteil eine Pflicht zur Zuführung eines Kindes oder der bezeichneten Person ausspricht[190]). Daraus folgt, daß unter den gegebenen Umständen der gesetzliche Vertreter oder der sonst Anspruchsberechtigte diejenigen Kinder, die ihm rechtswidrig vorenthalten werden, im Rahmen des § 229 BGB gewaltsam an sich nehmen kann.

Geht der zu sichernde Anspruch auf Herausgabe von Grundstücken, so hat die Selbsthilfe gemäß dem Vorbild des § 385 ZPO zur Besitzentsetzung des Schuldners zu führen. Der Gläubiger darf hier das Grundstück nicht anders in Besitz nehmen, als wie wir es

[189]) Vgl. hierzu den entsprechenden § 886 ZPO.

[190]) RG in SeuffArch. 60, 113; Stein-Jonas, Komm. z. ZPO § 883 III und die gemeine Meinung.

bereits oben bei der Selbsthilfe zur Sicherung von Geldforderungen kennengelernt haben. Auch hier dürfte der Besitz Treuhandbesitz sein. Er erstreckt sich nicht auf diejenigen auf dem Grundstück befindlichen beweglichen Sachen, in die eine Vollstreckung unzulässig ist oder die dem Schuldner nicht gehören; wohl aber umfaßt die durch Selbsthilfe herbeigeführte Inbesitznahme des Grundstücks das Grundstückszubehör[191]). Schädigung oder Zerstörung von auf dem Grundstück befindlichen Sachen sind hier an sich nicht zulässig, denn auch die staatliche Zwangsvollstreckung geschieht nur durch unmittelbaren Zwang (Herausgabe, Ueberlassung oder Räumung) ohne Eingriff in die Sachen selbst. Denkbar wäre das nur, wenn ohne Zerstörung oder Beschädigung einer auf dem Grundstück befindlichen beweglichen Sache der Sicherungszweck nicht erreicht werden kann. In einem solchen Falle würde gemäß der im § 229 BGB generell gestatteten Beschädigung oder Zerstörung von Mobilien die hier erörterte Selbsthilfemaßnahme zulässig sein, mag sie auch nur zur Sicherung eines Anspruchs auf Räumung einer Wohnung oder auf Herausgabe eines Grundstücks, auf dem sich jene Mobilien befinden, dienen.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, daß ein fluchtverdächtiger Schuldner bei Vorliegen eines Anspruchs, der auf Herausgabe beweglicher oder unbeweglicher Sachen gerichtet ist — trotz des Wortlauts des § 229 BGB — nicht festgenommen werden darf. Wir wissen, daß im Falle der Festnahme des Verpflichteten der persönliche Sicherheitsarrest gemäß § 230 III BGB beim zuständigen Amtsgericht zu beantragen und der Verpflichtete unverzüglich dem Gericht zuzuführen ist (§§ 916, 918 BGB). Nun greift ein sogenannter Personalarrest im Sinne des § 918 ZPO aber nur bei Geldforderungen Platz, wie sich aus § 916 ZPO unzweideutig ergibt. Der Anspruch auf Herausgabe einer Mobilie oder Liegenschaft ist aber ein Individualanspruch. Daraus folgt, daß im Falle eines Fluchtverdachts des Verpflichteten § 229 BGB nicht zur Anwendung gelangen kann, die Selbsthilfe sich daher auf die oben dargestellte gewaltsame Inbesitznahme durch den Berechtigten beschränkt. Es ist dann die entsprechende einstweilige Verfügung zu erwirken.

c) Bei Ansprüchen wegen Handlungen oder Unterlassungen.

Als letzte Gruppe der hier zu betrachtenden besonderen Selbsthilfefälle kommen diejenigen Tatbestände in Frage, in denen die Verwirklichung von Ansprüchen auf Handlungen und Unterlassungen in Frage steht. Das entsprechende Vorbild der Prozeßordnung bilden die §§ 887—898 ZPO.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen behandelt nicht die Herausgabe von Sachen und

[191]) Vgl. § 865 II ZPO.
s. zu dem Ganzen: Baumbach zu § 885 Anm. 1 S. 1158.

Personen, die wir bereits kennen (§§ 883—886), ferner nicht die Zahlung und Hinterlegung von Geld gemäß § 815 ZPO, und die Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 ZPO. Ueber letzteres wurde bereits oben[192]) gesprochen; es wurde der Nachweis geführt, daß sie für die Selbsthilfe nicht in Betracht kommt. Handlungen und Unterlassungen erzwingt nun die ZPO verschieden, je nachdem sie vertretbar (§ 887 ZPO) oder unvertretbar (§ 888) sind. Letztere scheiden für die Selbsthilfe gleichfalls aus, da hier die Zwangsvollstreckung gemäß § 888 I ZPO durch Geldstrafen oder durch Haft erfolgt. Die vom Prozeßgericht festgesetzte Strafe ist Geldstrafe, die Haft Zwangsstrafe. Strafrechtliche, d. h. kriminelle Grundsätze gelten allerdings nicht; denn die Geldstrafe ist nicht Kriminalstrafe[193]), aber die auf Betreiben des Vollstreckungsberechtigten beigetriebene Geldstrafe verfällt der Staatskasse, an die sie der Gerichtsvollzieher abzuliefern hat. An der öffentlichrechtlichen Natur des Strafcharakters ist daher nicht zu zweifeln[194]). Ein Selbsthilfeberechtigter kann aber nicht gegen den Verpflichteten entsprechend vorgehen; denn darüber enthält § 229 BGB keine Vorschrift. Auch für eine Analogie ist hier kein Raum, Selbsthilfe ist daher ausgeschlossen. Gleiches gilt, wenn die Verpflichtung des Schuldners in der Leistung des Offenbarungseides besteht (§ 889 ZPO). Gemäß § 889 Abs. II ZPO ist bei Weigerung des Schuldners oder Nichterscheinen nach § 888 ZPO zu verfahren. Also ist auch in diesem Falle die Selbsthilfe unzulässig. Da allgemein anerkannt wird, daß z. B. die Ausstellung eines Zeugnisses, der schriftliche Abschluß eines Vertrages, die Wechselunterzeichnung, die Herstellung eines Nachlaßverzeichnisses, die Annahme einer Ware als Erfüllung oder die öffentliche Beglaubigung einer Urkunde des Schuldners unvertretbare Handlungen sind[195]), so ist in allen diesen Fällen die Selbsthilfe unmöglich. Anders ist die Sachlage bei vertretbaren Handlungen. Hier ist der Gläubiger gemäß § 887 ZPO von dem Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen. Der Schuldner ist gegebenenfalls zur Vorauszahlung der entstandenen Kosten zu verurteilen. Vertretbare Handlungen im Sinne des Gesetzes sind diejenigen, bei denen es rechtlich und wirtschaftlich für den Gläubiger gleichbleibt, ob der Schuldner oder ein Dritter erfüllt[196]). In diesem Falle ist auch für die Selbsthilfe Raum. Denn während in der öffentlichen Zwangsvollstreckung das Gericht dem Vollstreckungsgläubiger die Ermächtigung erteilt, erteilt sie dem Selbsthilfeberechtigten hier das Gesetz, nämlich §§ 229 ff. BGB. Sein Vorgehen ist durch nach-

[192]) Vgl. oben S. 35.
[193]) Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen S. 467.
[194]) Gaupp-Stein-Jonas zu § 888 II 4; Baumbach zu § 888 b.
[195]) Vgl. die bei Baumbach a.a.O. zu § 887 Nr. 5 S. 1162 angegebene Liste.
[196]) RGZ 55, 59.

folgende einstweilige Verfügung zu sanktionieren. Vertretbare Handlungen in diesem Sinne sind die Abnahme der Kaufsache, Schuldbefreiung, Dienste niederer Art, Hypothekenlöschung, Hinterlegnug von Geld, Lieferung elektrischer Kraft usw.[197]) In all diesen Fällen darf also der Gläubiger vorgehen.

Uebrig bleiben noch die Fälle, in denen die Verpflichtung besteht, eine Handlung zu unterlassen oder zu dulden. Letzteres rechtfertigt ohne weiteres die Selbsthilfe, da dieser Fall ja ausdrücklich im § 229 BGB erwähnt wird. Es bedarf daher keiner Verweisung auf die entsprechenden Vorschriften des § 892 ZPO. Im Fall der Unterlassungsverpflichtung ist aber eine Selbsthilfe grundsätzlich ausgeschlossen, weil die Zwangsvollstreckung gemäß § 890 II ZPO durch Straffestsetzung oder Haft erfolgt[198]). Hier liegt nach herrschender Lehre ein Fall wirklicher Kriminalstrafe vor[199]). Strafgesetz ist hier die Formel des Vollstreckungstitels in Verbindung mit der Strafdrohung[200]). Ist aber die Zuwiderhandlung des Schuldners gegen die Unterlassungsverpflichtung Straftat, so ist Selbsthilfe verboten. Anders ist die Sachlage bei denjenigen Uebertretungen einer Unterlassungsverpflichtung, in denen die Besitzselbsthilfe (§§ 859 ff BGB) oder Notwehr (§ 227 BGB) gegeben ist. Man denke z. B. an die Fälle der Eigentumsstörung. Hier finden die einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung, subsidiär § 229 BGB. Wo die Verletzung einer Unterlassungsverpflichtung gelegentlich gewisse Leistungsverpflichtungen nach sich zieht, wird für diese Ansprüche die Möglichkeit einer Selbsthilfebefriedigung wiederhergestellt. Dies gilt gemäß §§ 21/26 LitUG vom 19. 6. 1901 und § 14 MustSchGes (Geschmacksmustergesetz vom 11. 1. 1876). Im Falle der Verletzung urheberrechtlicher Unterlassungspflichten, verkauft z. B. der Schuldner eines Geschäftsgläubigers an einem Sonn- oder Feiertage Markenartikel gegen das ausdrückliche Verbot oder vertragswidrig an Dritte, so ist der Gläubiger, da gerichtliche (und wohl auch polizeiliche) Hilfe schnell genug nicht erreichbar ist, berechtigt, den Verkauf gewaltsam zu unterbinden. Aehnlich ist die Sachlage in Ansehung eines Verlegers, der gemäß § 9 II VerlagsGes. v. 19. 6. 1901 gegen die unzulässige Vornahme eines Nachdrucks einzuschreiten berechtigt ist. Im übrigen bleibt es aber bei der Regel: Unterlassungsverpflichtungen sind der Selbsthilfe grundsätzlich unzugänglich.

C. DER ZWECK DER SELBSTHILFE.

Wenn das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, daß die in der vorliegenden Abhandlung näher dargelegten Maßnahmen nur zulässig sind, wenn sie zum Zwecke der Selbsthilfe vorgenommen werden,

[197]) Vgl. Baumbach a.a.O. in der erwähnten Liste.
[198]) Einzelheiten hierzu s. § 890 Abs. 1 ZPO und Kommentare.
[199]) Baumbach zu § 890 Nr. 2; Gaupp-Stein-Jonas zu § 890 I und Note 3.
[200]) RGZ 77, 223.

so folgt daraus zunächst für die objektive Gültigkeit der vorgenommenen Eingriffsakte, daß nur der Selbsthilfezweck als solcher die Vornahme der Maßnahme im Einzelfalle rechtfertigt. Andere Zwecke dürfen mit diesen Handlungen nicht verfolgt werden. Seit jeher erscheint es daher als selbstverständlich, daß z. B. der Schikanezweck mit der Handlung nicht verbunden sein darf. Es kann daher Titze[1]) und anderen Schriftstellern nicht beigepflichtet werden, wenn sie es für genügend erachten, daß die Selbsthilfehandlung sich objektiv im Rahmen der sich aus § 229 BGB ergebenden Rechtmäßigkeit bewegt. Denn einmal würde es unseren heutigen Anschauungen über Moral und Recht widersprechen, eine Selbsthilfemaßnahme zuzulassen, die den ausgesprochenen Zweck der Befriedigung eines persönlichen Rachegefühls verfolgt[2]). Sodann ist es auch rechtsdogmatisch nicht zu halten, da die privatrechtliche Individualvollstreckung äußerstenfalls ja nur Zwecke verfolgen kann, die auch durch die öffentliche Zwangsvollstreckung erstrebt werden dürfen. Diesen Gesichtspunkt übersieht das oben erwähnte Schrifttum. Hinzukommt aber noch ein weiterer Gesichtspunkt. Außer der objektiven Rechtszweckverfolgung der Selbsthilfe muß die Ansicht vertreten werden, daß der die Selbsthilfe Uebende auch subjektiv die von ihm vorgenommenen Maßnahmen „zum Zweck" der Selbsthilfe, d. h. bewußt und gewollt, ergreift. Daß die oben erwähnten Schriftsteller das mit besonderer Entschiedenheit ablehnen, wird bei ihrer grundsätzlichen Einstellung verständlich. Es ist auch zuzugeben, daß der Wortlaut des Gesetzes allein nicht unbedingt zur Annahme einer von bestimmter Absicht getragenen Zweckverfolgung der Maßnahme zwingt. Denn man kann die Worte „zum Zweck der Selbsthilfe" durchaus objektiv verstehen. Aber auf Grund der schon so häufig hier festgestellten Tatsache, daß der Gesetzgeber die Selbsthilfe nur im Sinne planmäßiger provisorischer Selbstvollstreckung behandelt wissen will — restriktive Interpretation — und aus der Anordnung des Satzbaues: „Wer . . . zum Zwecke der Selbsthilfe . . . wegnimmt usw.", muß nach gesunder Volksanschauung geschlossen werden, daß bewußtes, d. h. von der Absicht der Verwirklichung getragenes Handeln im Einzelfalle gegeben sein muß, will man die Selbsthilfemaßnahmen für zulässig erachten. Natürlich braucht der Berechtigte die Selbsthilfe nicht in ihrer rechtlichen Struktur, er braucht die Selbsthilfe nicht als Rechtsbegriff erfaßt zu haben; auch ein Geschäftsunfähiger kann sie üben, da kein rechtsgeschäftliches Tun vorliegt[3]). Notwendig ist aber, daß er sich im Sinne der Laienwelt bei der Handlung dasjenige vorgestellt hat, was man nach gesunder Volksanschauung als Selbsthilfemaßnahme begreift.

[1]) a.a.O. S. 124; Heyer a.a.O. S. 79.

[2]) Dies soll nach Heyer S. 79 der Zulässigkeit der Selbsthilfe gemäß § 229 BGB nicht im Wege stehen.

[3]) Irrig: Simon S. 77, 4. Richtig: v. Tuhr a.a.O. S. 594.

Auch hier folgen wir der stets beherzigten Ansicht, daß einer allzuweiten Ausdehnung des Gesetzeswortlauts ein Riegel vorzuschieben und strengeren Gesichtspunkten zu folgen ist. Das hat nichts mit der Frage zu tun, ob eine Selbsthilfehandlung, die unter § 229 fällt, zulässig ist, wenn sie der Täter irrig für unerlaubt hält. Hier wird allgemein gesagt, daß die Handlung auch alsdann für rechtmäßig zu erachten sei[4]). Richtig ist diese Auffassung aber auch nur, wenn der Täter von sich aus die Handlung bewußt zum Zwecke der Selbsthilfe vorgenommen hat, was in dem von Oertmann a.a.O.[5]) gegebenen Beispiel deutlich zum Ausdruck kommt: Wer eine Fundsache unterschlägt, kann sich nicht darauf berufen, daß der Verlierer sich früher bei ihm einer Zechprellerei schuldig gemacht habe und er das gestohlene Gut zur Deckung verwenden wolle. Unzulässig ist hier das Verhalten des Berechtigten, der die innere Absicht, Selbsthilfe zu üben, deutlich zum Ausdruck bringt, nur deshalb, weil ihr der objektive Selbsthilfezweck nach Wortlaut und Sinn abgesprochen werden muß: Eine Fundunterschlagung ist juristisch keine Selbsthilfemaßnahme, zumal bei einer Unterschlagung schwerlich von einer „Wegnahme" der Sache im Sinne des § 229 BGB gesprochen werden kann.

Sollte der Selbsthilfetatbestand gleichzeitig den Erfordernissen des § 227 oder 228 BGB entsprechen[6]), dann bedarf es einer Prüfung des Vorliegens bewußten Handelns gem. § 229 nicht; denn dieser Fall wird überhaupt nur unter dem Gesichtspunkt der Notwehr bezw. Sachwehr zu beurteilen sein, so daß sich eine Prüfung des § 229 BGB hier erübrigt[7])

III. DIE RECHTSWIRKUNGEN ERLAUBTER UND UNERLAUBTER SELBSTHILFE.

Aus dem Wortlaut des § 229 folgt, daß bei Wahrung sämtlicher Voraussetzungen, wie sie das Gesetz vorschreibt, die vom Selbsthilfeberechtigten vorgenommenen Handlungen nicht widerrechtlich sind. Es war schon einmal zu Beginn dieser Abhandlung unter Berufung auf die Motive zum BGB gesagt worden, daß eine an sich erlaubte Handlung nicht dadurch unerlaubt, eine an sich unerlaubte Handlung nicht dadurch erlaubt werde, daß sie zum Zweck der Selbsthilfe vorgenommen wird. Die Denkschrift zum BGB S. 38 drückt sich dahin aus, daß der bloße Selbsthilfezweck einer Handlung allein für ihre rechtliche Beurteilung bedeutungslos ist. Entscheidend ist vielmehr, ob ein geschütztes Rechts-

[4]) Titze S. 129; Oertmann a.a.O. zu § 229 S. 806 a. E.
[5]) Oertmann a.a.O. zu § 120 S. 806 a. E.
[6]) Hierüber: Kühn, Vermögensnotwehr und Selbsthilfe, 1925 S. 24 ff.
[7]) Zutreffend: Oertmann a.a.O. S. 806 a. E.

gut, insbesondere ein Einzelinteresse, verletzt wird. Die in einem solchen Falle grundsätzlich zur Entstehung gelangende Schadensersatzpflicht wird durch die spezielle Ausnahmevorschrift des § 229 beseitigt, wonach eine an sich unerlaubte Handlung deshalb zur rechtmäßigen wird, weil sie den Selbsthilfezweck verfolgt[8]). Damit legalisiert das Bürgerliche Gesetzbuch Handlungen, an deren struktureller Rechtswidrigkeit nicht gezweifelt werden kann. Daraus folgt, daß der Verpflichtete sie zu dulden hat, daß staatliche Hilfe gegen sie nicht angerufen werden kann, daß ein solches Tun weder zum Schadensersatz verpflichtet, noch strafbar macht. Gegenüber erlaubter Selbsthilfe ist weder Notwehr noch Sachwehr zulässig, auch liegt ein Notstand im Sinne des § 904 BGB nicht vor. Die Selbsthilfe ist erlaubte Eigenmacht. Das schließt nicht aus, daß, wer in Ausübung erlaubter Selbsthilfe handelt, aus strafrechtlichen Gesichtspunkten — man denke an strafbaren Versuch — strafrechtlich verantwortlich sein kann[9]), wie denn überhaupt darauf hinzuweisen ist, daß bei der Selbsthilfe Strafrecht und Bürgerliches Recht weit auseinandergehen können[10]). Aber der Grundsatz, daß die den Gesetzesanforderungen genügende Selbsthilfehandlung rechtmäßig ist, gilt stets auch für das Strafrecht, er gilt darüber auch für das gesamte Gebiet des öffentlichen Rechts[11]). Aus dem Ergebnis, daß Selbsthilfe erlaubte Eigenmacht ist, folgt, daß sie ersatzfrei bleibt, auch wenn sie überwiegenden Schaden verursacht[12]). Eine Einschränkung dieser Rechtswirkung könnte mit Wirkung inter partes nur dadurch herbeigeführt werden, daß die berechtigte Partei vertraglich auf Ausübung der ihr im Einzelfalle zustehenden Selbsthilfeberechtigung verzichtet, denn es wird gesagt werden müssen, daß zwar die Voraussetzungen des § 229 vertraglich nicht geschaffen werden können[13]), daß aber die im Falle des § 229 BGB geschaffene Berechtigung zur Ausübung der Selbsthilfe im Rahmen gültiger Vertragsabrede ausgeschlossen werden kann[14]).

Aus dem Gesagten folgt, daß alle durch den § 229 BGB nicht gedeckten Selbsthilfeakte zum Schadensersatz verpflichten, wenn sie den allgemeinen Voraussetzungen einer Schadensersatzhaftung genügen, vor allem also, wenn vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt

---

[8]) Staudinger zu § 229 Bem. 1.

[9]) Vgl. Entsch. d. OLG Naumburg in JW 1926 Nr. 1086.

[10]) Siber in JherJhb. 50, 82; Mewes in GoltdA. 46, 168.

[11]) Daher darf ein Polizeibeamter gegen Selbsthilfemaßnahmen nur dann staatlichen Schutz gewähren, wenn ausreichender Anhalt dafür gegeben ist, daß die Selbsthilfe unerlaubt ist oder höhere staatliche Interessen gefährdet oder verletzt werden; vgl. RGZ, Entsch. v. 29. 3. 27; RG. SeuffA. 81, 280.

[12]) Reichel, Verhandlungen zum 34. Dtsch. Juristentag, Bd. I, S. 151.

[13]) So ausdrücklich: RGZ 131, 222; s. auch: RGZ 146, 182; JW 35, 1554; v. Tuhr a.a.O. S. 592.

[14]) Vgl. hierzu diejenigen Schriftsteller, die auf die Natur des Selbsthilferechts als subjektives Recht besonders hinweisen. v. Tuhr, I 1 § 8 S. 180 und II 2 § 95 S. 594/95; Titze S. 32; Sohm S. 84.

ist. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Täter widerrechtlich handelt, weil die Voraussetzungen des § 229 BGB ganz oder teilweise fehlen oder weil er die gesetzlichen Grenzen zulässiger Eigenmacht überschreitet. Nach unserer Auffassung gilt das auch dann, wenn andere als Selbsthilfezwecke vom Täter bewußt verfolgt werden. Die Rechtsfolge eines solchen Tuns regelt sich zivilrechtlich nach §§ 823 ff. BGB, strafrechtlich nach den jeweils vorliegenden Straftatbeständen[15]). In Betracht kommen hier Hausfriedensbruch, Freiheitsberaubung, Diebstahl, Sachbeschädigung, Raub, Unterschlagung, Pfandkehr, Betrug, Erpressung, Nötigung. Einzelheiten gehören nicht hierher. Besondere Beachtung verdient aber die vom Gesetz in § 231 BGB ausdrücklich gegebene Vorschrift, daß eine Schadensersatzpflicht selbst dann besteht, wenn die Selbsthilfehandlungen in der irrigen Annahme vorgenommen sind, daß die für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Hier stellt sich der Gesetzgeber also ausnahmsweise auf den Boden des Veranlassungsprinzips und schafft eine Schadensersatzpflicht auch bei schuldlosem Tun. Er tut es aus der geschichtlich zu begreifenden Erkenntnis heraus, daß die private Selbstvollstreckung unter dem Gesetz strengster Wahrung gerechter und billiger Rechtsausübung erfolgen soll. Jeder nach gesunder Volksanschauung und nach den Gesetzen der Billigkeit nicht zu rechtfertigende Eingriff in schutzwürdige Interessen Dritter muß schon deshalb die Ersatzpflicht rechtfertigen, weil die Voraussetzungen der Selbsthilfe fehlen, mag es auch für den Täter unerkennbar gewesen sein. Dabei ist es gleichgültig, ob der bei ihm obwaltende Irrtum tatsächlicher oder rechtlicher Art war[16]). Es handelt sich also um einen der ganz seltenen Fälle, in denen der Gesetzgeber den unwandelbaren Grundsätzen ausgleichender Gerechtigkeit und Billigkeit folgt, um den jeweils herrschenden Moral- und Kulturanschauungen zu genügen[17]). Auch hier befindet sich der Gesetzgeber des Privatrechts in Uebereinstimmung mit der Prozeßordnung, da im § 945 ZPO bestimmt wird, daß dem Gegner auch bei schuldlosem Vorgehen aller Schaden zu ersetzen ist, wenn sich die Anordnung des Arrests oder der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist. Hier wie in § 231 liegen Fälle des Handelns auf eigene Gefahr vor[18]).

Ein solcher Ausgleichsanspruch ist kein typischer Deliktsanspruch, er unterliegt daher der 30-jährigen Verjährung; es gilt § 195 BGB — nicht § 852 BGB[19]).

---

[15]) Vgl. hierzu eingehend: Heyer S. 80—97.
[16]) s. Kommentare zu § 231 BGB.
[17]) Vgl. hierzu: Denkschrift S. 39.
[18]) Staudinger a.a.O. zu § 231 Bem. 2.
[19]) Kommentare zu § 231 BGB.

D. Schlußbemerkung.

Die vorstehende Abhandlung zeigt, daß, wie zahlreiche ausländischen Rechte, so auch das deutsche Recht zu keiner Zeit auf die Geltung der Selbsthilfe als ein, wenn auch nur in Ausnahmefällen geltendes, wichtiges Rechtsinstitut Verzicht geleistet hat. Nur die Auffassung, wie man sich zur rechtlichen Ausgestaltung der Selbsthilfe zu stellen hat, hat im Laufe der Jahrhunderte geschwankt. Stets aber war der Gedanke wach, daß ein gedeihliches Rechtsleben neben staatlichem Rechtsschutz auch eines eigenmächtigen Rechtsschutzes bedarf, sofern nur Voraussetzungen, Mittel und Folgen rechtlich befriedigend geregelt sind. Der Umbruch unseres Rechtsdenkens hat hier, wie wir mehrfach schon andeuteten, nach zwei Richtungen einen gewaltigen Fortschritt zu verzeichnen. Einmal erscheint im Gegensatz zu anderen Völkern dem deutschen Recht der eigenmächtige Rechtsschutz, die Selbsthilfe, nicht mehr als Ausdruck rücksichtsloser Durchsetzung materieller individueller Interessen, wie es auch bei uns noch in der Zeit des Liberalismus und der späteren Krisis des deutschen Rechts der Fall war. Zum andern ist es nicht mehr die gesetzliche, im Bürgerlichen Gesetzbuch niedergelegte, positive Regelung allein, die dem Selbsthilferechtsinstitut der Zukunft ihren Stempel aufdrücken wird. Vielmehr ist es der Geist der hinter dem Gesetz stehenden völkischen Rechts- und Weltanschauung, der, — bald enger, bald weiter, — das Recht der Selbsthilfe im Einzelfalle bestimmen wird[1]). Heute steht der deutsche Volksgenosse nicht mehr für sich; seine Lebens- und Rechtsstellung wird durch die im Zusammenleben des Volkes selbst erwachsenden Ordnungen bestimmt. Der innere Kern dieser seiner Rechtsstellung und der ihm zustehenden Rechtsmacht kann nur in seiner Beziehung auf die Volksgemeinschaft erkannt werden und wird stets nur dort deutlich sein, wo das Recht als Gemeinschaftsordnung erfaßt werden kann[2]). So wird auch in Zukunft das Selbsthilferecht nur noch als eine volksgenössische Berechtigung eines Gliedes innerhalb der Gemeinschaft aufgefaßt werden dürfen, in der der Berechtigte mit Pflichten und Rechten steht, indem er in die Gemeinschaft einer übergreifenden Ordnung eingegliedert und in allen seinen Beziehungen zu anderen Volksgenossen stets als Wahrer und Treuhänder der Volksgemeinschaft erscheint. Ist die Beziehung zum Volke aber immer nur in der Gemeinschaft lebendig und im einzelnen nur insoweit, als er sich in Gemeinschaften gebunden und verantwortlich weiß, so leuchtet

[1]) Schlegelberger, Abschied. S. 18 ff.

[2]) Vgl. über die Erneuerung des Privatrechts und die neue Ordnung unseres Privatrechtssystems: Eichler, „Die Ordnung des Privatrechts“ in: Ztsch. der Akad. f. Dtsch. Recht, 1937, Heft 18, insbes. S. 563; Doelle, „Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat“ in: Schmollers Jahrb. 57. Jhg. Heft 5 S. 3 ff.

ein, daß es im Gegensatz zu früher heute als ethisches Gebot gelten muß, verantwortungs- und pflichtbewußt jedes Recht nur im Dienste der großen Gemeinschaft zu üben. Das gilt auch für das Selbsthilferecht. Wenn man gesagt hat[3]), daß der Mißbrauchsgedanke und der ihm zugrunde liegende Pflichtgedanke als Grundbegriff für alle Berechtigungen am Anfang der von der Volksgemeinschaft getragenen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft stehen, so gilt das in erster Linie auch vom Recht der Selbsthilfe. Jede mißbräuchliche Uebung der Selbsthilfe auch außerhalb der in den §§ 229 ff. BGB gegebenen Regelung muß für die Zukunft ebenso unzulässig sein, wie die Verletzung höherer Pflichten, die in der Verwirklichung des Selbsthilferechts des Einzelnen liegen können. Darüber hinaus wird man aber auch die Frage aufwerfen müssen, ob nicht unter Umständen auf dem Boden unseres neuen Rechtsdenkens eine, wenn auch gesetzlich unausgesprochene, so doch völkisch zu fordernde Pflicht zur Ausübung eines Selbsthilferechts anerkannt werden muß. Schon heute kann gesagt werden, daß das für den Fall bejaht werden muß, wenn mit der eigenmächtigen Rechtsverfolgung nicht nur die individuellen Interessen des einzelnen Volksgenossen, sondern darüber hinaus gleichzeitig ein höheres Interesse im Dienste der deutschen Volksgemeinschaft verfolgt wird. Hier erweitert sich das R e c h t der Selbsthilfe zur Selbsthilfe p f l i c h t, sei es zur Erhaltung wichtiger Lebensgüter der Allgemeinheit oder zur kämpferischen Durchsetzung der Idee eines Gemeinschaftsrechts, ohne die das Recht der Zukunft in Deutschland nicht gedacht werden kann. Damit rückt die Selbsthilfe aus dem früheren engen Bereich individualistischer Rechtsauffassung[4]) in den weiten Lebensraum eines Volkes hinein, dessen Rechtsauffassung in der tiefen Erkenntnis gipfelt, daß die Persönlichkeit erst aus dem Einsatz in der Volksgemeinschaft hervorgeht.

---

[3]) Busse, „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft" in: „Deutsche Rechtswissenschaft", 1936, 2. Heft, S. 172.

[4]) Wie wir sie z. B. noch in sehr charakteristischer Weise bei Kuhlenbeck: „Das Recht der Selbsthilfe im weiteren und engeren Sinne", Vortrag Langensalza 1907, S. 79, 80, finden.

Achilles-Greiff: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 15. Aufl. 1937.
Barth: Notwehr gegen erkennbar schuldlos handelnde Menschen. Diss. Köln 1933.
Baumbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 13. Aufl. 1937.
Benfey: Beiträge zur Lehre von der Selbsthilfe nach römisch-justinianischem Recht. i. Rheinischen Museum für Jurisprudenz. Bd. 7. Göttingen 1835.
Bethmann-Hollweg: Der römische Zivilprozeß. 1864.
Biermann: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.
Bott-Bodenhausen: Formatives und funktionales Recht. 1926.
Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I. 1887. Bd. II. 1892.
Brunner-Heymann: Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte. München u. Leipzig 1925.
Busse: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. i. Deutsche Rechtswissenschaft. 1936. 2. Heft. S. 172.
—, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft. i. „Deutsche Rechtswissenschaft". Heft 4. 1936.
Carpzov: Jurisprudentia Forensis, Romano-Saxonia. sec. ord. Const. D. Augusti elect. 1668.
Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1927.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1905/1912.
Dernburg: Sachenrecht. 4. Auflage 1908.
Dersch: Kommentar zum Gesetz über die Ordnung der nationalen Arbeit. (AOG). 1934.
Dölle: Das Bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat. in Schmollers Jahrb. 57. Jhg. Heft 5. (1933). S. 3 ff.
Drews: Preußisches Polizeirecht. Bd. I. Allgemeiner Teil. 1931.
Eckardt: „Richteramt". in Deutsche Rechtswissenschaft. 1936. Heft 2. 124 ff.
Eckart: Die Abtretbarkeit der Gestaltungsrechte, insbesondere des Anfechtungsrechts. Diss. Göttingen 1930.
Eichler: Wandlungen im System des Privatrechts. in „Deutsche Rechtswissenschaft". Bd. I. Heft 3. S. 265.
—, Die Ordnung des Privatrechts. i. Ztschr. d. Akad. f. Deutsches Recht. 1937. Heft 8.
Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. 1909.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 8./9. Aufl. 1930.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgemeiner Teil (Nipperdey) 13. Bearb. 1931. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse (Lehmann) 12. Bearb. 1932.
Fehr: Das kommende Recht. 1933.
Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 14. Aufl. mit Zusätzen von Mittermaier. Gießen 1847.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896/97.
Fromme: Das Gestaltungsrecht als sonstiges Recht. 1934.
Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 15. Auflage 1934.
Gierke: Deutsches Privatrecht. München-Leipzig 1917.
Girard: Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt von R. v. Mayr. 1908.
Gradenwitz: Zwangsvollstreckung und Urteilssicherung. Berlin 1888.
Grimm: Weistümer. 1. Teil. Göttingen 1840. 2. Teil. Mitherausgegeben von Ernst Dronke und Heinrich Berger. Göttingen 1840. 3. Teil. do.
Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.
Haller: Ueber Selbstverteidigung und Selbsthilfe nach dem BGB. Würzburg 1900.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Hedemann: in „Recht und Wirtschaft". 1922. S. 588.
Heins: Voraussetzungen und Mittel berechtigter Selbsthilfe nach § 229 BGB. Diss. Göttingen. 1923.
Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. III. Leipzig 1909.
Hellwig-Oertmann: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Teil 2. 1919.
Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1926.
Heyer: Die Selbsthilfe. ArchBürgR. 19, 38 ff.
Hirsch: Die Uebertragung der Rechtsausübung. I. Teil. 1910.
Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Leipzig 1930.
Jhering: Geist des römischen Rechts. 5./7. Aufl. 1899/1924.
Kipp: Geschichte der Quellen des Römischen Rechts. Leipzig 1909.
Kohler: Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte. in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie. 1915. Bd. I.
Kohler-Oertmann: Einführung in die Rechtswissenschaft. 6. Aufl. 1929.
Kreller: Römische Rechtsgeschichte. in „Grundrisse des deutschen Rechts". 1936.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Krienitz: Die Selbsthilfe. Diss. Greifswald. 1910.
Kühn: Fälle berechtigter Selbsthilfe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Heidelberg. 1909.
Kuhlenbeck: Das Recht der Selbsthilfe im weiteren und engeren Sinne. Vortr. Langensalza 1907.
Lang: Das Aufrechnungsrecht. 1906.
Lange: „Vom alten zum neuen Schuldrecht". in: Das Deutsche Recht der Gegenwart, herausgeg. von Prof. Dr. Carl Schmitt. (Das Recht als Erscheinungsform des Gemeinschaftslebens. S. 35.)
Larenz: „Rechtsperson und subjektives Recht." in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. 1935.
Linde: „Beiträge zur Lehre über die Selbsthilfe." in Ztschr. f. Zivilrecht und Prozeß. Bd. I. Gießen 1828.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Auflage. Berlin u. Leipzig 1927.
Lobe: Art. „Selbsthilfe". in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft v. Elster. Bd. V.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 19. Aufl. 1933 ff.
Mackeldey: Lehrbuch des römischen Rechts. 2 Bände, 14. Ausgabe, Wien 1862.
Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6./7. Aufl. 1914.
Meisner: Das in Preußen geltende Nachbarrecht. 1927.
Meißner-Kaisenberg: Staats- und Verwaltungsrecht im Dritten Reich. 1935.
Mewes: in Goltdammers Archiv für Strafrecht. Bd. 46 S. 168.
Michaelis: Wandlung des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts. i. „Grundfragen der deutschen Rechtswissenschaft". 1935.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I.
Müllereisert: Juristische Grundbegriffe. 1936.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Auflage. 1928/30.
Orth, Joh. Ph.: Kommentar zum Frankfurter Stadtrecht. 1731.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Auflage. 1913/1930. (bearb. v. Knoke, Strohal u. a.).
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III.
Puchta: Pandekten und Vorlesungen. 1856.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1899/1903.
Reichel: in Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages. Bd. I. S. 161.
RGRKomm.: Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten. 8. Aufl. 1934.
Römer: Archiv für Luftrecht. Bd. 7. 1937. Heft 2/3. S. 196 ff.

Roquette: Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete. Schriftenreihe der JW. 1936. N. 6.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931.
Schäfer: Die Selbsthilfe nach dem Recht der Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Heidelberg. 1909.
Scheuner: „Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft". in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht. 1937.
Schlegelberger: Abschied vom BGB. 1937.
Schleicher: i. Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen. Bd. I. 1936. Heft 1. S. 22 ff.
Schmelzeisen: in Archiv für die Zivilistische Praxis. S. 38 ff., 136.
Schmid, Caspar: Kommentar zum Bayerischen Landrecht von 1616.
Schmitt: Die Selbsthilfe. 1868.
Schocke: Die Selbsthilfe nach altem und neuem Recht in historisch-dogmatischer Darstellung. Diss. Heidelberg 1909.
v. Schwerin: Deutsche Rechtsgeschichte in „Grundriß der Geschichtswissenschaft". 1915.
Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts i. Festausgabe f. Koch. 1903.
Seuffert: Praktisches Pandektenrecht. Bd. I. 2. Aufl. Würzburg 1848.
Siber: in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 60 S. 82.
Siebert: Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung. in: Deutsche Rechtswissenschaft, herausgeg. v. Eckardt. Bd. I 1936.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. Bd. I. 1928.
Simon: Notwehr, Notstand und Selbsthülfe nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Marburg 1903.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. 1937.
Sohm: Der Gegenstand. Leipzig 1905.
Sohm: Institutionen des Römischen Rechts. Leipzig 1896.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 10. Aufl. 1936.
Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozesses und des Konkursrechts. 1924.
Steinbeißer: Die rechtliche Behandlung der Gestaltungsrechte. 1935.
Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1900 (Lehmann).
Stoll: „Vertrag und Unrecht": in Grundriß des deutschen Rechts, herausgeg. v. Stoll und Lange. Tübingen 1936.
Strykius, Sam.: Specimen usus moderni Pandectarum. Halle-Magdeburg 1723.
Titze: Die Notstandsrechte im BGB. 1897.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 2. 1910—1918.
Volkmar. „Das dynamische Element bei der Neubildung des deutschen Rechts": in Ztschr. d. Akad. f. Dtsch. R. 1935. Heft 7 S. 472 ff.
Wächter: Deutsches Strafrecht. Leipzig 1888.
Warneyer: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. Tübingen 1930.
Weimar: i. Deutsches Polizeiarchiv. 14. Jhg. 1935.
Wetzell: System des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Leipzig 1878.
Wilda: „Das Pfändungsrecht" in: Ztschr. f. das Deutsche Recht, herausgeg. v. Reyscher und Wilda. Bd. I. Leipzig 1839.
Wilfferodt: Selbsthilfe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. — Diss. Leipzig 1905.
Windscheid: Pandekten. 5. Aufl.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 6. Aufl. 1909.
Winkler: Deutsches Recht im Spiegel deutscher Sprichwörter. 1927.
Würdinger: „Das subjektive Recht im Privatrecht" in: Deutsche Rechtswissenschaft. 1936.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. — Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

BayZ	Bayerische Zeitschrift für Rechtspflege.
Dt. Just.	Deutsche Justiz.
GoltdA.	Goltdammers Archiv für Strafrecht.
JW	Juristische Wochenschrift.
OLG	Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
OVG	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
SeuffA.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
ZZPr.	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.